Autor:
Felipe Arady Miranda

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO PRESSUPOSTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Felipe Arady Miranda[1]

A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO PRESSUPOSTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Brasília

2014

---

[1] Especialista e Mestre em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela mesma Instituição, membro da Academia Brasileira de Direitos Humanos e professor da cadeira de Direitos Fundamentais da Universidade de Vila Velha.

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

PREFÁCIO

Não são apenas decisões dos tribunais que devem ser fundamentadas, por imperativo constitucional explícito ou implícito. Também o são, por exemplo, o veto político do Presidente da República, as moções de confiança e de censura ao Governo em sistema parlamentar e em sistema semipresidencial ou até, por vezes, a dissolução do Parlamento ou a demissão do Governo, e, em qualquer sistema, a declaração de estado de sítio. Além disso, o Estado de Direito exige a fundamentação dos atos administrativos que afetem direitos ou interesses legítimos dos administrados.

Mas, no tocante aos tribunais, há particularidades irredutíveis. Em primeiro lugar, as suas decisões – todas, exceto as de simples expediente – devem ser fundamentadas. Em segundo lugar, a fundamentação surge como inerente ao próprio Poder Judiciário, à própria função: jurisdictio, dizer o Direito, declarar a norma aplicável ao caso, pressupõe determinar o porquê da norma e estabelecer a sua relação com o caso. Em terceiro lugar, evidencia-se aqui a contra-responsabilização dos juízes, contrapartida de irresponsabilidade, em princípio, dos seus atos. E ela é garantia ineliminável do recurso para instância superior.

Esta a problemática objeto da importante dissertação em Ciências Jurídico-Políticas apresentada e defendida muito bem pelo Dr. Felipe Arady Miranda na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e sobre a qual ele continuou refletindo.

Numa primeira parte, o Autor trata do enquadramento do instituto numa perspectiva histórico-comparativa, em que, naturalmente avulta a atenção prestada ao Brasil e a Portugal. Fica demonstrado que a fundamentação deve ser de facto e de direito e que não se deve ater à justificação da tese vencedora; deve ainda expor a tese sucumbente que não

foi digna de ser professada. Em caso algum, pode reduzir-se a uma mera expressão formal.

Na segunda parte, versam-se a estrutura, a natureza jurídica e os vícios da fundamentação. Direito fundamental dos cidadãos, ela é também garantia institucional, com a função de limitar o poder do Estado, de garantir uma jurisdição imparcial e efetiva, de garantir a tripartição dos poderes e a própria democracia. Por outra banda, para o Estado constitui um dever fundamental. Escrita em linguagem correta e clara, com o apoio bibliográfico adequado, esta é uma obra que, por certo, fará carreira na doutrina dos países de língua portuguesa e que poderá contribuir para uma cultura de cidadania, cuja ultima ratio é a justiça.

Tive a satisfação de ser orientador do Dr. Felipe Arady Miranda, parabenizo, pois vivamente pela publicação em livro que agora faz e faço votos para que continue trabalhando na larga seara do Direito Constitucional.

Jorge Miranda

QUESTÕES PRELIMINARES

Introdução

O Estado Democrático de Direito tem sua essência extraída da participação popular no exercício dos poderes estatais, bem como pelo fato deste mesmo Estado estar subordinado ao direito.

Assim, os agentes do Estado exercem o poder em nome do povo e portanto devem estar munidos de legitimidade democrática para que o exercício da função possa coadunar com os preceitos de democracia. Além disso, o agente deve agir conforme a lei democraticamente elaborada.

Ocorre que essa submissão do Estado à lei não é evidente nem simples. As próprias leis estão submetidas ao direito, mais precisamente à Constituição. As normas constitucionais, principalmente as de direitos fundamentais, condicionam a atuação do Estado.

Os direitos fundamentais são o grande trunfo a ser preservado e garantido, impondo uma relação de subordinação a todos os poderes. O Legislativo deve respeitá-los quando da elaboração das leis, além de ter a incumbência de criar mecanismos para sua efetivação. O Executivo, ao executar as leis e administrar o Estado, deve sempre pautar seus atos na máxima promoção. Ao Judiciário cabe a função de vigília e preservação. O Poder Judiciário, na sua função de manter a ordem jurídica e garantir a identidade de Estado Democrático de Direito através da supremacia da Constituição, tem o dever de coibir ameaças e restabelecer os direitos fundamentais violados. O grande equilíbrio e o alicerce do Estado Constitucional Moderno é o Judiciário, que atua no combate às ilegalidades cometidas pelos outros poderes, efetivando a função de limitação do poder a qual se presta os direitos fundamentais.

O Judiciário tem seu campo de atuação ampliado. Além da função clássica de resolução dos conflitos de interesses, o Judiciário é convocado a preservar pela constitucionalidade, analisando se os atos dos demais poderes são compatíveis com a Constituição, e mais, se esses atos corroboram com a imposição de máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Tamanha a importância dos direitos fundamentais que, dado o reconhecimento de uma eficácia horizontal, o Judiciário foi convocado a promover sua proteção inclusive nas relações entre particulares.

Dessa forma, um poder controla os atos de todos os demais poderes estatais bem como dos particulares. Se o Estado é também democrático e não só de direito, a participação popular no exercício da função pública deve ser referência. Não basta a legitimidade outorgada pela Constituição, é necessário que o exercício da função jurisdicional esteja revestido de legitimidade social, justificando essa interferência nas relações estatais e particulares através do poder pelo povo, ou seja, em razão dessa infinita gama de intervenções outorgada ao Poder Judiciário, a função jurisdicional assume a necessidade de se legitimar, de se democratizar e de se autoafirmar perante a sociedade.

A legitimidade social da função jurisdicional exige que o Poder Judiciário, por ser também órgão do Estado e estar em posição de igualdade com os demais poderes, esteja também submetido ao direito e principalmente aos direitos fundamentais, devendo atrair para junto de si a sociedade, propiciando o controle social sobre a forma pela qual administra a justiça.

A subordinação do Poder Judiciário ao direito, bem como a abertura do exercício da função à sociedade, é feita através de mecanismos criados pelo próprio direito, os quais, muitas vezes, são elevados ao *status* de norma constitucional, que irão garantir a limitação do Poder Judiciário e o controle popular sobre a atuação dos agentes públicos, seja na sua acepção de uso democrático do poder, seja na sua submissão ao direito e no seu dever de fazer valer a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Um desses mecanismos é a obrigatoriedade do magistrado em motivar ou fundamentar suas decisões.

Se o agente estatal exerce o poder de analisar a compatibilidade dos atos dos poderes às normas constitucionais; se tem o dever de promover o respeito aos direitos fundamentais pelo Estado e por particulares, além de resolver os conflitos de interesses através da interpretação e aplicação da lei ao caso concreto; pelo conceito de Estado Democrático de Direito a qual este Poder Judiciário não se exclui, está obrigado a se justificar, a demonstrar que sua missão de preservar pela ordem jurídica é pautada em um exercício do poder que também se submete às leis, que exerce o poder em nome do povo e que age de forma imparcial na realização da justiça.

Esse dever de se justificar, de submeter seu mister à sociedade, de propiciar o controle social sobre a administração da justiça é a fundamentação das decisões que, juntamente com outros institutos, proporciona e faz com que a legitimidade democrática da função possa ser extraída do próprio ato de julgar, ou seja, de uma decisão judicial clara, racional e persuasiva.

Noutras palavras, a fundamentação age como mecanismo que visa a garantir o exercício do poder jurisdicional em nome do povo e para o povo; que dá condições para que a sociedade possa verificar a condução na administração da justiça, exercendo o respectivo controle; que irá propiciar a constatação da submissão do juiz ao direito, sobretudo aos direitos fundamentais, concretizando a legalidade de sua atuação; a fundamentação garante a preservação do Estado de Direito; garante a democracia; garante a efetividade da prestação jurisdicional e a natureza soberana do Poder Judiciário; garante a imparcialidade do juiz; a participação da parte na formação das decisões; o direito ao recurso, além de servir como mecanismo que irá ajudar as partes a garantirem seus direitos materiais pleiteados na ação.

A fundamentação é um instituto importante que, dentre outros, serve como alicerce para que seja edificado o Estado Democrático de Direito e, que se colocada em causa, poderia fazer todo o sistema ruir.

Os juízes, garantidores da ordem jurídica, investidos de tamanho poder, não podem exercer suas funções de forma obscura, impedindo que haja um controle sobre sua atuação. Este controle é efetivado ao possibilitar o acesso à fundamentação, porque possibilita uma verificação de coerência e de racionalidade da decisão.

Isto é, o poder que proporciona o equilíbrio do Estado tem de ser transparente e, por isso, justificativo. O equilíbrio seria quebrado caso o juiz pudesse dizer o direito do caso concreto sem demonstrar a aplicação efetiva do melhor direito; se pudesse retirar do mundo jurídico um ato do Legislativo ou Executivo sem demonstrar que este ato viola a Constituição; que pudesse restringir um direito fundamental do cidadão sem demonstrar que a restrição se justifica diante de um confronto em que sopesava a proporcionalidade e a razoabilidade do caso concreto; que pudesse interferir na esfera de liberdade e do patrimônio do indivíduo sem justificar a interferência. Isso enraizaria o jargão de que “a parte foi vencida, mas não convencida”. Este Estado não seria democrático, muito menos de Direito.

Dessa forma, a fundamentação não tem apenas um caráter técnico relacionado ao processo, mas sobretudo uma função política que norteia a atividade estatal, já que garante o próprio Estado Democrático de Direito. A efetividade da prestação jurisdicional tem na decisão, mais precisamente na sua fundamentação, o seu ponto de garantia.

A fundamentação, que hoje ostenta o caráter de norma suprema em vários ordenamentos jurídicos, na maioria das vezes, é objeto de estudo em ramos específicos dos sistemas processuais, revelando como mecanismo importante apenas para o desenvolvimento válido e regular do processo, não recebendo a devida importância no âmbito do Direito Constitucional.

Portanto, o presente trabalho tem como norte a análise do dever de fundamentação sob o prisma do Direito Constitucional, analisando suas relações com o Estado Democrático de Direito e seu papel dentro das Constituições, seja na condição de direito, seja na de garantia fundamental, bem como o dever que a norma constitucional impõe ao Poder Judiciário.

II. Delimitação do Tema

A importância da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais é facilmente identificada, independentemente de qualquer contextualização do princípio, contudo, o presente trabalho visa fazer uma análise sob o prisma do Direito Constitucional. Hoje, na maioria das vezes, a análise do dever de fundamentação constitui objeto de estudo do direito processual, relevando a sua importância para o desenvolvimento válido e regular do processo. Contudo, a decisão fundamentada tem seu âmbito de finalidades muito além do que aquele estabelecido pela relação processual. O dever de fundamentação não está resguardado sob o prisma constitucional sem razão, e é esse estudo que pretendemos desenvolver.

Neste trabalho nos limitamos a analisar o dever do Estado em fundamentar as decisões judiciais sob um aspecto constitucional geral, uma visão do instituto no âmbito das Constituições e suas relações com o Estado, sobretudo como direito e garantia fundamental dos indivíduos, e não o dever de fundamentação em áreas específicas do direito, como o processo civil, processo penal, processo administrativo, processo do trabalho e etc.

Embora não seja possível fugir da abordagem específica dos sistemas jurídicos de Portugal e do Brasil, pretende-se, no máximo possível, fazer um trabalho de cunho genérico, que consiga abordar a temática em qualquer Estado que tenha em sua concepção a forma Democrática de Direito, que exerça a democracia, a tripartição dos poderes e promova pelos direitos fundamentais da população.

Não se tem intenção de adentrar na problemática da argumentação jurídica, mesmo que não seja possível distanciar totalmente desse tema. Ressaltamos a importância de se indagar se a fundamentação do magistrado corresponde a um silogismo. O juiz realiza uma lógica dedutiva? A fundamentação é um problema de retórica? Tudo isso é de extrema importância, pois esclarece a formação do convencimento do juiz, contudo, pretendemos neste trabalho analisar o dever de fundamentação como sendo o instituto apto a dar à sociedade uma resposta jurídico-política da atuação jurisdicional, de forma a proporcionar uma legitimação dessa função estatal, quedando-se à análise silogística.

As expressões "fundamentação" e "motivação" são abordadas como sinônimas, posto que a doutrina e a jurisprudência não as diferenciam para tratar do instituto em enfoque.

A decisão objeto de estudo é aquela prolatada pelo Poder Judiciário na sua função típica que é a jurisdição[2] [3]. A decisão, então, a qual nos reportamos durante todo o trabalho, diz respeito àquela manifestação judicial de conteúdo decisório que irá interferir na esfera de interesses das partes.

Outro ponto que se faz necessário registrar é a opção de já partirmos do entendimento de que a fundamentação das decisões é um princípio nos ordenamentos constitucionais que fazem parte. O enquadramento do postulado como princípio, para uma análise adequada, digna de uma

---

[2] O ato decisório do juiz é aquele que "visa preparar ou obter a declaração de vontade concreta da lei frente ao caso *sub iudice"*. (THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 48ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 264).

[3] Jurisdição, nas palavras de VICENTE GRECO FILHO, é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide. A Jurisdição é um poder porque atua cogentemente como manifestação da potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito; é também uma função porque cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica posta em dúvida em virtude de uma pretensão resistida; e ainda, é uma atividade consistente numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito e de concretização de obrigações consagradas num título. (*Direito Processual Civil Brasileiro*. vol. I. 20ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 173)

dissertação, requer uma série de considerações acerca da problemática de se conceituar princípio, delimitar o sentido da expressão, as formas de manifestação, diferenciações entre regras e princípios, os valores inerentes a cada um, dentre tantas outras que acabariam por convolar em um extrapolamento do núcleo razoável de abordagem que se espera em um trabalho como este. Apenas para situar a opção de partida, tanto a Constituição brasileira quanto a portuguesa tratam do dever de fundamentação dessa forma[4].

Assim, delimita-se o presente estudo ao dever de fundamentar as decisões judiciais.

---

[4] A Constituição portuguesa trata do dever de fundamentação no artigo 205.º/1, dentro do Título V – Tribunais, Capítulo I, destinado aos *Princípios Gerais*. Já a Constituição brasileira trata em seu artigo 93, IX, onde o *caput* do mencionado artigo diz que deverá ser respeitado os seguintes princípios: Dentre eles, o da fundamentação (inciso IX). Ademais, entendendo como sendo a fundamentação das decisões judiciais um princípio constitucional, e tecendo as devidas considerações doutrinais acerca da temática, vide: SILVA, BECLAUTE OLIVEIRA. *A Garantia Fundamental à Motivação da Decisão Judicial*. *In:* DIDIER JR., FREDIE (coord.). Coleção Temas de Processo Civil: estudos em homenagem a Eduardo Espíndola. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 75-87.

PARTE I

A Fundamentação das Decisões Judiciais e o seu Enquadramento

2. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

2.1. Exposição do Objeto de Pesquisa

Para iniciarmos a linha estruturante do trabalho é necessário compreendermos em que constitui o termo "fundamentação das decisões judiciais".

Note-se que na expressão existem dois núcleos a serem inicialmente esclarecidos: fundamentação e decisão judicial, para que, após, possamos discorrer sobre o sentido do termo como um todo.

Fundamentação para a língua portuguesa significa "dar sustentáculo, atribuir base, alicerce, esclarecer os motivos, a razão"[5]. Já numa concepção da teoria geral do direito, seria o ato de apresentar asserções motivadas em provas ou em alicerces convincentes[6]. Com uma conotação processual significa "demonstrar através da lei, da doutrina, da jurisprudência, ou de provas, aquilo que a parte alega em juízo, com o fim de obter uma decisão favorável"[7] [8].

---

[5] DICIONÁRIO MICHAELIS. Pesquisa do termo "fundamentação". *In:* www.michaelis.uol.com.br.

[6] DINIZ, MARIA HELENA. *Dicionário Jurídico*. vol. II – D-I. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 715.

[7] DICIONÁRIO MICHAELIS. Pesquisa do termo "fundamentar". *In:* www.michaelis.uol.com.br.

[8] Segundo ÉRICA DE OLIVEIRA HARTMANN, "Motivação não pode ser confundida com motivo, embora muitas vezes a própria lei faça tal confusão. É bem verdade que tais expressões contam com inúmeros significados na linguagem comum e na linguagem jurídica. Entretanto, para efeitos desta análise, motivo (ou fundamento) é todo elemento de caráter objetivo (de falo ou de direito) capaz de ser considerado pelo magistrado na formação de suas

Já "decisão judicial" seria a solução dada a uma controvérsia jurídica; o ato judicial que soluciona uma questão incidente ou que põe termo a um litígio[9].

Portanto, a motivação das decisões, juntando os conceitos, seria o *iter logico* utilizado pelo magistrado para materializar seu entendimento na decisão judicial, ou seja, seria a exteriorização do raciocínio alcançado pelo juiz, após a análise do conteúdo fático, probatório e de direito pertinentes à causa, de forma a justificar a sua conclusão[10 11].

Por estarmos nos referindo à decisão judicial, é evidente que a motivação ocorrerá em razão de uma atuação do Poder Judiciário, que ao exercer a jurisdição – termo advindo do latim *juris* (direito) mais *dicere* (dizer) – o Estado, através de seus agentes, deverá externar as razões, os motivos que o levou a decidir de determinada forma, dizendo o direito aplicável àquele caso concreto.

---

decisões. Por outro lado, fundamentação (ou motivação) é a "expressão ou explicitação dos motivos de um negócio jurídico ou de um provimento". Também não se deve confundir decisão e motivação. A decisão, em síntese, consiste na primeira etapa de raciocínio judicial, em que se escolhe (com base em elementos jurídicos – de fato e de direito – , mas também em elementos extrajurídicos – morais, políticos e ideológicos etc.) uma saída para o caso, entendendo ser ela a melhor. Já a motivação configura-se como uma segunda etapa do raciocínio judicial, na qual se procura legitimar, validar, a escolha feita anteriormente (referem-se, assim, ao contexto de descoberta e contexto de justificação" (A motivação das decisões penais e as garantias do artigo 99, XI, da Constituição da República. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: vol. 38, 2003, p. 134).

[9] DINIZ, MARIA HELENA. *Dicionário Jurídico*. *op cit*, p. 18.

[10] HOMEM, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS DE ARAGÃO SOARES. A Fundamentação da Decisão como Discurso Legitimador do Poder Judicial. *Boletim Informação & Debate*. Lisboa: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, IV.ª Série, n.° 2, dez. 2003, p. 121.

[11] O próprio relatório da sentença seria uma espécie de fundamentação, ou pré-fundamentação. Trata-se de elementos que têm por escopo situar a fundamentação, circunstancializando-a, em certa medida. A fundamentação só ganha sentido no contexto do relatório, assim, o relatório constitui a base fático-jurídica (mas precipuamente fática) dos elementos propriamente fundantes, isto é, aquele que deve ser justificado (WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5ª Edição. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. vol. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 335)

Nas palavras de Piero Calamandrei, “A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou”[12].

A formação do convencimento, na maioria das vezes, está ligada a um juízo de verossimilhança[13]. Essa teoria funda-se na premissa de que a verdade absoluta é inalcançável, e em assim o sendo, o juiz deve buscar a verdade mais próxima possível da real, o que impõe a necessidade de fundamentação ou justificação quanto ao seu juízo de valor e quanto à sua convicção[14] [15] [16]. A motivação, nesse sentido, é a explicação da convicção do juiz na decisão[17].

Portanto, o magistrado ao prolatar uma decisão que “diga o direito” aplicável àquele caso concreto deve demonstrar a razão pela qual o Direito sopesa face de determinada posição, em prejuízo da outra[18], o que será feito

---

[12] CALAMANDREI, PIERO. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Ary dos Santos (trad.). 4ª Edição. Lisboa: Livraria Clássica Editora,1971, p. 143.

[13] No sentido daquilo que parece intuitivamente verdadeiro, isto é, o que é atribuído a uma realidade portadora de uma aparência ou de uma probabilidade de verdade.

[14] DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARLO; OLIVEIRA, RAFAEL, *Curso de Direito Processual Civil - Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. vol. II. 2.ª edição. Salvador: Editora Podivm, 2008, p. 263-264.

[15] Nas palavras de DENIS SAMPAIO “A fundamentação das decisões não busca a demonstração de uma verdade absoluta, na medida em que está afastada, como aludido, da realidade racional, mas apenas a exposição de dados fáticos e jurídicos que se adaptam à construção da decisão judicial democrática.” (A argumentação jurídica como garantia constitucional no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 67, jul./ago. 2007, p. 158).

[16] Sobre a influência das experiências próprias, projeções (in)conscientes e influências ideológicas do juiz na motivação da sentença, vide: GIACOMOLLI, NEREU JOSÉ; DUARTE, LIZA BASTOS. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: vol. 33, n. 102, p. 287-306.

[17] MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SERGIO CRUZ. *Manual de Processo de Conhecimento*. 4.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 457.

[18] O Tribunal Regional Federal da 1.ª Região do Brasil, decidiu que “num Estado de Direito Democrático, o jurisdicionado, como povo que é, sempre tem o direito de saber como o

através da fundamentação, pois assim será possível verificar sua lógica e racionalidade, convencendo a sociedade no geral, bem como as partes e o tribunal, que a justiça[19] foi aplicada àquele caso[20].

Esse sentimento de justiça que é extraído da decisão judicial só se torna efetivo se o intérprete[21] puder extrair um sentido racional naquilo que é lido e interpretado[22], o que faz com que o instituto da motivação das decisões judiciais seja crucial inclusive para proporcionar uma segurança jurídica à sociedade[23].

Nota-se, dessa forma, que a fundamentação da decisão constitui a essência, a alma da decisão, onde os destinatários irão buscar toda a racionalidade e o sentido do que foi decidido[24].

---

juiz, ao realizar a operação lógica de subsumir os fatos às normas, chegou ao dispositivo da sentença. Desse modo, nula é a sentença que simplesmente adota as razões de uma das partes, sem mostrar o porque de seu entendimento" (TRF-1.ª Região, Terceira Turma, AC 0111655-8/90-DF, Relator: Adhemar Maciel, data da decisão: 21/08/1991. Fonte: DJ, 16/09/1991, p. 22.236).

[19] Sobre os sentidos de "justiça", vide: BARBAS HOMEM, ANTÓNIO PEDRO. Reflexões sobre o justo e o injusto: a injustiça como limite do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: vol. 39, n. 2, 1998, p. 587-650.

[20] Ainda a título ilustrativo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo/Brasil, em decisão expõe verdadeira lição sobre o tema: "O princípio da essencialidade da motivação (ar. 165, segunda parte, do CPC), sublimado, hoje, à dignidade constitucional (art. 93, IX, da CF), sempre foi de ordem pública. Ele é que põe a administração da Justiça a coberto da suspeita dos dois piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade. Não pode, pois, suprir tão relevantíssima garantia política a circunstância eventual de o ato decisório carente de razão corresponder a pedido fundamentado, porque, supondo-se não haja parte formal contrária, titular do inegável direito de ver consideradas suas razões manifestas ou suas objeções virtuais, não satisfaz ao interesse geral dos cidadãos na prova de respeito à ordem jurídica, uma correspondência que a ninguém permite exercer, dentro e fora do processo, adequando controle de racionalidade, legalidade e justiça da decisão. Tem o Judiciário de, por razões claras e inequívocas, demonstrar que é o guardião do ordenamento!" (TJSP, Segunda Câmara Cível, AI 125.288-1, relator: César Peluso, data da decisão: 06/03/1990. Fonte: RT 654/86-87).

[21] Interpretes no sentido de destinatários da fundamentação da decisão, que será abordado no item 2.5.

[22] MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 122.

[23] ALENCAR, ROSMAR ANTONNI RODRIGUES CAVALCANTI. Segurança Jurídica e Fundamentação Judicial. *Revista de Processo*. Ano 32, n. 149, jul. 2007, p. 66.

[24] Afinal, "representa-se escolasticamente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente feito de conceitos abstractos, ligado por uma inexorável concatenação de premissas e de consequências, mas na realidade, no tabuleiro de xadrez do juiz os peões são

Diógenes M. Gonçalves Neto faz uma curiosa comparação ao mencionar que "a motivação racional da decisão é, hoje, reconhecida como elemento estrutural essencial a qualquer decisão, tal como o esqueleto ao corpo humano"[25].

Esse esqueleto principal da sentença é que sustenta a sua conclusão, remetendo-nos a um silogismo que preserva pela lógica. A motivação vem como premissa principal a fundamentar a conclusão. Como mencionado, é dali que se retira a lógica da posição conclusiva sobre a causa[26].

Cada vez mais enraíza-se o entendimento de que a motivação é considerada um princípio geral e um requisito necessário ao julgamento justo[27],

---

homens vivos, dos quais irradiam insensíveis forças magnéticas, que encontram eco ou reacção – ilógica mas humana – nos sentimentos de quem veio a juízo" (CALAMANDREI, PIERO. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. *op cit*, p. 143-144).

[25] GONÇALVES NETO, DIÓGENES M.. Decisões Judiciais: motivação inexistente, parcial ou fictícia e a violação ao Estado Democrático de Direito. *Revista do Advogado*. ano XXV, n.° 84, dez. 2005, p. 42.

[26] EULER JANSEN ressalta-se a existência de uma corrente doutrinária que defende que a sentença não consiste em um silogismo lógico, posto que o magistrado partiria da conclusão, e apenas fundamentaria o seu posicionamento. Não seria um silogismo que se parte de duas premissas (relatório e fundamentação ou norma jurídica e valoração dos fatos e provas) para alcançar uma conclusão lógica, mas sim, o juiz teria já uma conclusão formulada em seu juízo de valor, pautado num senso de justiça, e fundamentaria sua conclusão com as premissas que assim coadunasse, constituindo uma espécie de silogismo às avessas (*Manual de Sentença Criminal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 34). No mesmo sentido: TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. Lorenzo Córdova Vianello (trad.). publicação virtual do Tribunal Constitucional Mexicano. PIERO CALAMANDREI, sobre o assunto, diz: "a sentença pode esquematicamente reduzir-se a um silogismo, no qual, de premissas dadas, o juiz, por simples virtude lógica, tira a conclusão, sucede às vezes que ele, juiz, ao elaborar a sentença inverte a ordem moral do silogismo, isto é: encontra primeiro o dispositivo, e depois as premissas que o justificam". Nas palavras do autor, isso "quer dizer que, ao julgar, a intuição e o sentimento têm frequentemente maior lugar do que à primeira vista parece. Não foi sem razão que alguém disse que sentença deriva de sentir" (*Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. *op cit*, p. 144). Ressalta DANIEL ANDENSOHN DE SOUZA que "nesses casos, a motivação não será uma reprodução fiel do caminho que levou o juiz até aquele ponto de chegada, mas sim uma justificativa para uma decisão preconcebida pelo juiz. É a predominância do juiz sensível sobre o juiz lógico" (Reflexões sobre o princípio da motivação das decisões judiciais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. ano 34, n. 167, jan. 2009, p. 153-154).

[27] TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op cit,* p. 328.

constituindo a parte mais importante de uma decisão judicial[28], já que a relevância de uma decisão vem de sua fundamentação[29]. A fundamentação, portanto, não é questão meramente processual, mas também política, já que age como fator de legitimação e controle do exercício do poder[30].

Dessa forma, já registrada uma noção inicial sobre o sentido que o termo "fundamentação das decisões judiciais" engloba, passamos a uma breve análise histórica sobre o instituto:

2.2. Breve Noção Histórica[31]

2.2.1. Registros Históricos Sobre o Instituto da Fundamentação

Muito embora encontremos registro de decisões fundamentadas na Itália e na Inglaterra no século XII, e na França no século XIII[32], a primeira norma tratando da obrigatoriedade sobre o dever de fundamentação que se tem notícia está no decreto do Papa Inocêncio IV, do século XIII, que determinava que toda sentença de excomunhão fosse motivada[33] [34].

---

[28] DONIZETTI, ELPÍDIO. *Redigindo a Sentença*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997, p. 31.

[29] QUEIROZ, CRISTINA M. M.. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a epstimologia da construção constitucional*. Lisboa: Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1997, p. 174.

[30] SLAIBI FILHO, NAGIB. *Sentença Cível: Fundamentos e Técnica*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 480 e DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 5ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 262.

[31] Sobre a evolução histórica do dever de fundamentação, vide TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, que trata o tema de forma satisfatória, abordando desde o início do direito romano até o direito atual, passando pelo direito hispano-lusitano, luso-brasileiro e brasileiro: JOSÉ HENRIQUE LARA FERNANDES, também aborda satisfatoriamente a história do dever de fundamentação, passando pelos Direitos Primitivo, Romano, Intermédio, Moderno e fala especificadamente sobre o sistema brasileiro. (*A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005).

[32] FERNANDES, JOSÉ HENRIQUE LARA. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. *op cit*, p. 07.

[33] TARUFFO, MICHELE. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Pádua: Cedam, 1975, p. 324.

Na Inglaterra, à mesma época, iniciava-se o processo que convolaria na tradição da *common law*, demonstrando, posteriormente, o limiar de uma prática judiciária tão consagrada que dispensa até hoje qualquer comando de lei que obrigue o julgador a motivar suas decisões[35]. A simples ausência de lei determinando a fundamentação não pode ser interpretada como se o fato fosse estranho à concepção dominante. Muito pelo contrário, a motivação constitui procedimento constante, incorporado à tradição, haja vista as próprias características do mencionado sistema. Dada a importância das razões de decidir para a atuação do mecanismo de precedentes, caso os Tribunais não fundamentassem as decisões, todo o sistema do *case law* cairia por terra[36].

Na Inglaterra, o hábito não se impunha tão somente às decisões proferidas pelo Juiz, mas frequentemente se fundamentava as decisões proferidas pelos jurados. Nesse caso os juízes se limitavam a receber o veredito sem justificar a decisão com argumentos distintos[37].

Na França, muito embora alguns exemplos de decisão fundamentada, a ideia de racionalizar as decisões através da fundamentação não foi vista com bons olhos a princípio. No século XIV, *Le style de la chambre des enquêtes*, redigida aproximadamente em 1336, aconselha muito claramente o relator a "ter grande cuidado, na conclusão da sentença, de não mencionar nenhuma causa". Tal fato se deu porque a motivação poderia revelar o chamado erro expresso, causando a nulidade do julgamento, bem

---

[34] Apenas para deixar o registro, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ressalta que muito embora não decorra do direito positivado à época, é possível concluir pelas mudanças relativas à sistemática processual desenvolvida no Império Romano em meados do século III e IV D.C., deixa a entender que as sentenças prolatadas na órbita da *cognitio extra ordinem* eram motivadas (*op cit*, p. 33). Entretanto, a imposição dos costumes e leis bárbaras acabou por fazer os pronunciamentos dos vereditos fossem feitos oralmente, não se exigindo a exposição dos motivos (MANZI, JOSÉ ERNESTO. *Da Fundamentação das Decisões Judiciais Civis e Trabalhistas: Funções, Conteúdo, Limites e Vícios*. São Paulo: Editora LTr, 2009, p. 18).

[35] FERNANDES, JOSÉ HENRIQUE LARA. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. *op cit*, p. 14.

[36] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: n. 89, p. 103-104.

[37] TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op cit*, p. 316.

como pelo fato de que a motivação abriria caminho às impugnações, causando acúmulo de processos e assoberbando os juízes[38].

Na Espanha, Carlos III proibiu através da Real Cédula de 23 de Junho de 1768 o resto dos Juízes de Maiorca a fundamentarem suas sentenças. Essa proibição esteve vigente até o século XIX. As razões invocadas para tal ato era a economia processual, por não se perder tempo fundamentando as decisões, além do impedimento à crítica, evitando o aumento de recursos. Ademais, era atribuída outra razão de conotação político-ideológica, que é a de que quem detinha o poder jurisdicional, por imposição divina, era o Soberano, o qual delegava aos juízes o exercício desse poder. Se a legitimidade da atividade de julgar e fazer cumprir os julgados era concedido por Deus aos juízes, através de delegação do soberano, as suas decisões não careciam de fundamentação. Nesse sentido, o ataque às sentenças constituía um ataque à autoridade dos juízes e do monarca, em suma, um ataque a Deus[39].

Mudando a acepção absolutista do Estado, mudou-se também a visão que se dava ao exercício do poder pelos juízes.

Curiosamente foi a própria França que abriu caminho para a consagração da obrigatoriedade. A motivação das decisões judiciais só passou a ser obrigatória com a Revolução Francesa, primeiro no art. 15, título V, da lei

---

[38] FERNANDES, JOSÉ HENRIQUE LARA. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. *op cit*, p. 15. Ainda em tempos modernos podemos observar a existência de pretensões que possibilitam a contenção da eficácia dos dispositivos constitucionais que determinam a fundamentação, através de lei infraconstitucional. A exemplo, Na reforma da Constituição Portuguesa de 1982, os Deputados tiveram por bem não consagrar um princípio vinculante, aprovando um imperativo que deixava ao legislador a decisão última sobre as possibilidades concretas de ir implementando a fundamentação, sob temor de caso assim não procedessem, pudessem ensejar a paralisação dos tribunais, além de causar impacto monetário, já que ensejaria na gravação das provas. Posteriormente o Legislador revisor consagrou no texto da Constituição portuguesa o dever geral de fundamentação (Revisão Constitucional de 1997) (MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo III. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 69-70).

[39] SEÑA, JORGE F. MALEM. Podem as más pessoas ser bons juízes?. *Julgar*. Lisboa: n. 2, maio/ago. 2007, p. 33-34.

de organização judiciária de 1790 e depois no artigo 208 da Constituição do ano III da revolução (1795)[40]. Isso demonstra a ligação do princípio da motivação com os ideais de justiça instados pelas revoluções do século XVIII[41].

Os ideais da revolução _ liberdade, igualdade e fraternidade _ fizeram com que a atuação do juiz fosse entendida como uma conduta que deveria ser isenta de influências externas, principalmente as influências políticas. Ao juiz cabia apenas declarar a vontade da lei – juiz como sendo a "boca da lei"[42].

Nesse cenário o juiz não tinha nenhuma liberdade de atuar fundado no seu próprio pensamento, cabendo apenas aplicar as regras de hermenêutica para extrair da lei aquilo que o legislador optou por positivar[43]. Essa limitação da atuação do juiz ensejava mecanismos de proteção que pudesse conceder à sociedade, bem como às partes, condições de analisar a atuação do magistrado, e com amparo nessa necessidade de limitação do poder dos magistrados é que ganha relevância o papel da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Assim, o *Nouveau Régime* francês fez constar o dever de fundamentação dentre os vários institutos de controle político, e especificadamente direcionado ao controle da atividade dos tribunais, o que acabou por irradiar a ideia, influenciando normas internas de diversos países, especialmente os do continente europeu[44].

---

[40] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *op cit*, p. 102.

[41] TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op cit*, p. 304.

[42] NETO, OLAVO DE OLIVEIRA. Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais. *In:* LOPES, MARIA ELISABETH DE CASTRO; OLIVEIRA NETO, OLAVO (coord.). *Princípios Processuais Civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 194.

[43] *Ibidem*, p. 195.

[44] FERNANDES, JOSÉ HENRIQUE LARA. O Devido Processo Legal e a Fundamentação das Decisões Judiciais na Constituição de 1988. *In:* GRECO, LEONARDO; NETTO, FERNANDO GAMA DE MIRANDA (org.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 62.

Portanto, o princípio da obrigatoriedade da fundamentação nasce como fruto de uma situação política concreta e dotada de fisionomia peculiar, como se verifica com o início da revolução francesa. Nela se expressa a ideologia democrática da justiça, pautada nos movimentos de reação à prática judicial do antigo regime, que questionava o exercício arbitrário do poder por parte dos juízes[45].

Nasce então a dimensão extraprocessual da fundamentação, pois não constitui em mecanismos direcionados somente às partes, mas também à sociedade, legitimando e democratizando a justiça, além de impedir abusos por parte do julgador.

A história das decisões motivadas não se coincide com a história da obrigação da fundamentação das decisões judiciais. Decisões fundamentadas, como exposto, remontam ao século XII e XIII, entretanto, o dever de motivação como sendo uma obrigatoriedade do julgador só começou a se enraizar no século XVIII[46].

Cumpre ressaltar que muito embora tenhamos citado o surgimento sob o prisma da Revolução Francesa, a evolução histórica do dever de fundamentação se firmou nos diferentes ordenamentos sob circunstâncias históricas, políticas, sociais e culturais específicas, não podendo ser estabelecido um “denominador comum” do surgimento do princípio nos muitos ordenamentos em que ele se olvidou[47].

Na segunda metade do século XVIII o dever de fundamentação ganha notoriedade nos países da Europa e alcança países em que nunca se tinha visto o princípio[48]. É o caso da Prússia[49] e Áustria[50]. Nas Repúblicas

---

[45] TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op. cit.*, p. 305.
[46] Ibidem, p. 303.
[47] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *op. cit.*, p. 105.
[48] TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op. cit.*, p. 303.

Italianas, nessa época, havia verdadeira indefinição; em algumas, o dever de fundamentação não existia, em outras, era para determinados casos, e em outras Repúblicas o dever de fundamentação era obrigatório. Em 1865 houve a uniformização da legislação processual italiana que tornou obrigatória a fundamentação em toda a Itália[51].

Ressalta-se que no século XVIII, no direito germânico, incluindo o sistema inicialmente estabelecido na Prússia, instituía-se a motivação das decisões, mas desacompanhada da publicidade, não sendo comunicadas às partes as razões que levavam o juiz a alcançar aquele posicionamento estampado na decisão. Estas eram comunicadas à instância superior no caso de interposição de recurso[52].

No século XIX a motivação constituía traço marcante em quase todas as grandes codificações processuais. Em França o art. 141 do *Code de Procédure Civile* de 1807 cominava a sanção de nulidade para os atos desprovidos de motivação. Na mesma linha a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 1881 (art. 372), e as duas famosas Ordenações germânicas, a alemã de 1877 (§284, hoje 313) e a austríaca de 1895 (§ 414). A determinação ganha tamanha notoriedade que vem se mantendo fiel às legislações processuais na atualidade. Apenas para relembrar alguma das mais

---

[49] Na Prússia, durante o reinado de Frederico II, com a publicação do *Codex Fridericanus Marchius*, em 1748, a motivação ganhou as finalidades que possui atualmente, à medida que se estabeleceram prescrições minuciosas a respeito do comportamento dos juízes na decisão, em processos escritos ou orais, devendo o relator redigir uma proposta de decisão na qual deveriam vir expostas as razões de fato e de direito, bem como o relatório da tramitação processual e o resultado da atividade probatória, exprimindo ainda as razões de decidir, além de sua opinião própria sobre o caso, igualmente fundamentada (MANZI, JOSÉ ERNESTO. *op. cit.*, p. 20).

[50] Na Áustria, o Código de Giuseppe II vedava a exteriorização das razões da sentença. No entanto, nas decisões recorríveis, mediante requerimento expresso da parte a motivação seria manifestada pelo juiz, evitando-se assim que o recurso fosse proposto de forma equivocada (FERNANDES, JOSÉ HENRIQUE LARA. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. *op. cit.*, p. 21-22).

[51] FERNANDES, JOSÉ HENRIQUE LARA. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. *op. cit.*, p. 22.

[52] WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *op. cit.*, p. 322.

importantes codificações civis dos últimos anos, citamos o estatuto italiano de 1930 (art. 132), o português de 1967 (art. 659), o belga de 1967 (art. 780), o argentino de 1970 (arts. 34, 161 e 163) e o francês de 1975 (art. 455)[53].

Entretanto, regra geral, foi no século XX que ocorreu a constitucionalização da obrigatoriedade da fundamentação, ou seja, o dispositivo legal que impunha a obrigação da fundamentação das decisões, já consagrado na esfera infraconstitucional, foi elevado ao *status* de norma constitucional, o que lhe outorgou a estabilidade ínsita às cartas políticas, imunes às alterações notoriamente mais frequentes nas legislações ordinárias, bem como outorgou uma consagração como garantia constitucional fundamental[54].

Muito embora o processo de constitucionalização do dever tenha consagrado o princípio de forma expressa nas Constituições, o trabalho da doutrina e da jurisprudência, mesmo antes, retirou de outros princípios e garantias constitucionais a dita obrigatoriedade de fundamentação[55].

Numa perspectiva infraconstitucional, esse dever apareceu ligado ao funcionamento do processo[56], já que visa promover meios de impugnação da

---

[53] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *op. cit.*, p. 102-103.

[54] MELLO, ROGÉRIO LICASTRO TORRES. Ponderações Sobre a Motivação das Decisões Judiciais. *Revista do Advogado*. Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIII, n.° 73, nov. 2003, p. 179.

[55] *Idem*.

[56] Faz-se relevante a fundamentação das decisões judiciais para a administração da justiça haja vista a crise que foi se instaurando no Poder Judiciário. Nas palavras de MANUEL FRAGA IRIBARNE, assistimos atualmente uma recorrente "fugida da administração da justiça", a qual aparece débil frente a todos, tanto indivíduos quanto grupos ou massas. Assim surge o paradoxo de que aqueles que tinham de acudir à justiça não o fazem, porque não confiam nela, ao mesmo tempo que abusam em comparecer diante dela os que não tinham de interpelá-la. (A Crise da justiça como ameaça de rotura do sistema constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. XLI, n. 2, 2000, p. 1156). Administrar a justiça impõe também um sentido de distribuir a justiça, atribuindo garantias aos destinatários e beneficiados da jurisdição em face daqueles que estão no poder (ARAGÃO, E. D. MONIZ. Garantias fundamentais na nova constituição. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: ano 8, n. 14, 1º semestre de 1993, p. 116) Neste sentido releva-se importante a fundamentação das decisões judiciais (VASCONCELOS, PEDRO CARLOS

decisão e atribuir clareza aos julgados, e por fim, possibilitar uma uniformização de jurisprudência. Todas, nesse sentido, ligadas a uma perspectiva endoprocessual. Já no que tange à perspectiva constitucional, o dever de fundamentação surge indissociavelmente à ideia de Estado Democrático de Direito, atribuindo-lhe uma dimensão extraprocessual[57], conforme mais se verá.

No âmbito internacional a motivação das decisões judiciais tem relação com "o direito a ser julgado" que estabelece o artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, com o "direito a ser julgado publicamente", do artigo 14.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, e ainda com "o direito a ser ouvido por um Tribunal competente" do artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Todos estes preceitos implicam a uma tutela judicial efetiva, que por sua vez pressupõe um direito dos cidadãos a serem convencidos sobre sua obtenção. Tem-se entendido que o direito a uma fundamentação decorre de um direito mais amplo, que é o da tutela jurisdicional efetiva e o de ser julgado por um Tribunal competente[58]. Ademais, extrai-se também o dever de fundamentação do direito à equidade, consagrado igualmente nos estatutos citados. Esse direito impõe, por um lado, uma igualdade das partes (princípio do contraditório, igualdade de armas, etc.) e, por outro, um direito à comparência das partes em certos atos ou

---

BACELAR. *Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público*. Lisboa: Edições Cosmos, 1996, p. 196).

[57] LEMOS, JONATHAN IOVANE. Garantia à motivação das decisões. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: ano 17, n. 67, jul./set. 2009, p. 62-63.

[58] NAVARRETE, ANTONIO MARIA LORCA. La necesaria motivación de las resoluciones judiciales. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: ano 25, n. 100, out./dez. 1988, p. 257-258.

circunstâncias, a exemplo da licitude das provas, e à fundamentação das decisões[59].

A obrigatoriedade da fundamentação não está consagrada expressamente na Declaração Universal de Direitos do Homem nem na Convenção Europeia, mas a própria Comissão Europeia de Direitos Humanos já considerou que a falta de motivação nas decisões judiciais podem constituir violação do processo equitativo e imparcial[60].

2.2.2. A Evolução Histórica do Dever de Fundamentação no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O direito à fundamentação das decisões judiciais nunca foi ausente no ordenamento jurídico brasileiro. Desde as codificações lusitanas o preceito já era objeto de consagração na legislação infraconstitucional[61].

Sem explanar de forma exaustiva sobre o tema no âmbito infraconstitucional, sobretudo pelo fato de termos primado pela análise constitucional, mas apenas para situar o leitor sobre a história do instituto no Brasil até a sua consagração na Constituição de 1988, podemos associar, como mencionamos no parágrafo acima, que o nascimento do dever de motivação no direito brasileiro se deu com as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, em Portugal, que também era aplicada no Brasil, enquanto colônia de Portugal[62].

---

[59] FREITAS, JOSÉ LEBRE. *Introdução ao Código de Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 95. Comparência das partes, neste sentido, seria os casos em que o caráter ou o comportamento pessoal das partes contribua diretamente para a formação da opinião do tribunal sobre um ponto importante do litígio (p. 107).

[60] SILVA, GERMANO MARQUES. A Fundamentação das decisões judiciais: a questão da legitimidade democrática dos juízes: uma análise na perspectiva do processo penal. *Direito e Justiça*. vol. X. Tomo 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996, p. 27.

[61] ZAVARIZE, ROGÉRIO BELLENTANI. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Campinas: Editora Millennium, 2004, p. 27.

[62] Foi sobre as Ordenações Filipinas que o Brasil conquistou sua independência, entretanto, apenas para registo, quando do descobrimento do Brasil, em 1500, vigoravam em

As ditas Ordenações consagravam em seu Livro III, Título LXVI, § 7°, primeira parte, o seguinte: "E para as partes saberem se lhes convém apellar, ou aggravar das sentenças deffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juízes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem specificamente em suas sentenças deffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou aggravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar". Acrescentando que o juiz que infringisse tal dispositivo ficava sujeito a pagar à parte uma multa[63].

Logo após a entrada em vigor da Constituição brasileira de 1824 – chamada de Constituição do Império –, primeira Constituição brasileira, o ministro de D. Pedro I, também magistrado, Clemente Ferreira França, editou uma Portaria datada de 31 de março de 1824 que tinha o seguinte texto: "Desejando S.M. O Imperador que os súditos dêste Império comecem desde já a gozar de tôdas as vantagens prometidas na sábia constituição, há pouco

---

Portugal as Ordenações Afonsinas, editadas em 1446, pelo Rei Afonso V, que vigoraram até 1521. Nessas Ordenações, no item 3.69, que tratava das sentenças definitivas, não faz menção expressa sobre a fundamentação, mas ao analisar as imposições do juiz, é possível extrair uma necessidade implícita de fundamentação dessas decisões. Contudo, as ditas Ordenações vigoraram no Brasil pouco mais de duas décadas, sendo substituída pelas Ordenações Manuelinas, que vigorou até 1603. Essas Ordenações previam que o juiz deveria motivar suas decisões, no título "Das sentenças definitivas" (3.50), que trazia o seguinte texto: "Mandamos, que daqui por diante todos os Nossos Desembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouvidores, e Juizes de Fora, posto que cada huu dos sobreditos Letrados nom sejam, e quesquer outros Julgadores, que Letrados forem, que sentenças definitivas poserem, declarem em suas sentenças (assi na primeira instancia, como na causa d´aoellaçam, ou agravo, ou na causa da revista) a causa, ou causas, per que se fundam a condenar, ou absolver, ou a configurar, ou revogar, dizendo especificamente o que he, que se prova, e por que causas do feito se fundam a darem suas sentenças". A mesma Ordenação ainda dispunha no item (3.50.6) que "...e assi também quando appellassem, ou agravassem, os Juizes da moor alãda sentiriam milhor os fundamentos, que os Juizes inferiores tiveram". Essas Ordenações foram substituídas pelas Ordenações Filipinas em 1603, promulgada pelo Rei Felipe II, nos termos citados no corpo do texto.

[63] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *op. cit.*, p. 104.

jurada, e sendo uma das principais a extirpação dos abusos inveterados no fôro, cuja marcha deve ser precisa, clara e palpável a todos os litigantes, manda o mesmo augusto senhor, pela secretaria de estado dos negócios da justiça, que os juízes de mór alçada de qualquer quantidade, natureza e graduação, declarem nas sentenças, que proferirem, circunstanciada e especificadamente as razões e fundamento das mesmas e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado nos § 7º da Ord. do Liv. 3º, Tít. 66, como por ser conforme ao liberal sistema ora abraçado; a fim de conhecerem as partes as razões em que fundarão os julgadores e as suas decisões; alcançando por êste modo ou o seu sossêgo, ou novas bases para ulteriores recursos a que se acreditarem com direito. Palácio do Rio de Janeiro, em 31 de março de 1824. - Clemente Ferreira França"[64].

No mesmo sentido foi editada norma na esfera da Justiça Militar, o que evidenciava que a motivação das decisões judiciais era preocupação do Imperador[65], fazendo parte da história do Brasil desde antes da sua independência, até os dias de hoje.

A primeira codificação processual do Brasil, o Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, já previa em seu artigo 232 que a sentença deveria ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os

---

[64] FERNANDES, JOSÉ HENRIQUE LARA. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. *op. cit.*, p. 27-28.

[65] "Sendo conforme com os princípios reconhecidos de direito que os juízes, de qualquer graduação que sejam, julguem estritamente segundo o alegado e provado, e que os cidadãos saibam os fundamentos em que assentam tôdas as decisões que podem ofender seus direitos individuais; e convindo, outrossim, tirar aos julgadores tôda a arbitrariedade sôbre a natureza e graduação das penas, que houverem de impor, como ofensiva da liberdade dos mesmos cidadãos; manda S.M. O Imperador, pela secretaria de estado dos negócios da guerra, declarar ao conselho supremo militar que dora em diante deve motivar as sentenças, que houver de proferir definitivamente, na conformidade do que se acha disposto na Ord. Liv. 3º, tít.66, §7º, ficando igualmente o mesmo conselho na inteligência de que a disposição da parte do 1º artigo do decreto de 13 de novembro de 1790, em que lhe concedia a faculdade de minorar as penas impostas pelo Regulamento militar, ficou sem vigor pelo art. 8º, cap. I, tít. 3º da Constituição do Império. Paço, 10 de abril de 1824. - João Gomes da Silveira Machado".

fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda[66].

Com a Constituição brasileira de 1891, primeira Constituição Republicana, consagrou-se no sistema normativo pátrio o chamado período da dualidade processual, imperando uma divisão de competência legislativa entre União e Estados, principalmente na construção de Códigos de Processo estaduais, os quais se limitaram a copiar os velhos preceitos herdados das Ordenações do Reino, mantendo a obrigação no que tange à motivação[67].

Tal preceito foi incorporado pela maioria dos ordenamentos processuais de âmbito estadual, a exemplo do Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul (artigo 499), do Distrito Federal (artigo 273, *caput*), o baiano (artigo 308), o mineiro (artigo 382), o paulista (artigo 333), o de Pernambuco (art. 388), dente outros[68] [69].

A Constituição brasileira de 1937, em seu artigo 16, XVI, restabeleceu a unidade legislativa em matéria processual[70]. Com isso, o Código de Processo Civil brasileiro de 1939 determinava que o juiz mencionasse na sentença os fatos e as circunstâncias que motivaram seu convencimento (art. 118, parágrafo único), bem como os fundamentos de fato e de direito em que se baseou para o julgamento da causa (art. 280, II)[71].

---

[66] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *op. cit.*, p. 104.

[67] NOJIRI, SÉRGIO. *O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais*. 2ª Edição. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. vol. 39. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 28-29.

[68] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *op. cit.*, p. 105.

[69] ARRUDA ALVIN aponta como sendo os códigos estaduais da Bahia, São Paulo, Rio Grande do Sul e do Distrito Federal, os melhores feitos, todos estes, consagrando o dever de fundamentação. (*Manual de Direito Processual Civil*. vol. I, 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 55).

[70] NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 29.

[71] MELLO, ROGERIO LICASTRO TORRES. *op. cit.*, p. 179-180.

A sistemática trazida pelo Código de Processo Civil de 1973 vem estender às decisões interlocutórias a necessidade de serem fundamentadas, tratando da matéria em três artigos (131. 165 e 458). O artigo 131 trata da liberdade do magistrado na apreciação do conjunto probatório apurado ao longo da instrução processual, mas que, entretanto, essa liberdade deve ser fundamentada quando da decisão (trata-se do princípio do livre convencimento motivado). O artigo 165 amplia a necessidade de fundamentação ao dispor que as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no artigo 458, e as demais decisões deverão ser fundamentadas, ainda que de modo conciso. Por fim, o artigo 458 revela a plenitude da motivação ao dispor que tal instituto corresponde a requisito essencial da sentença[72]. O Código de Processo Penal brasileiro trata do assunto nos artigos 381, III, e 408.

O dever de fundamentação veio a ser consagrado constitucionalmente no Brasil apenas com a Constituição de 1988. Antes, apesar dos pleitos da doutrina, não havia sido elevado ao *status* de norma constitucional.

José Rogério Cruz e Tucci, já em meados da década de 80, ressaltava a necessidade urgente de se elevar ao nível constitucional o dever de fundamentação, estabelecendo uma norma geral que impedisse qualquer disposição infraconstitucional que visasse abolir mencionado princípio[73]. José Carlos Barbosa Moreira, no mesmo sentido, expressava a convicção de que o princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais, por ser garantia inerente ao Estado de Direito, merecia consagração expressa em eventual reformulação da Constituição brasileira[74].

---

[72] NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 29-30.

[73] TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ. *op. cit.*, p. 153.

[74] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *In: _______. Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1980, p. 94.

Portanto, mesmo antes do advento da Constituição atual o dever de fundamentação já era entendido como uma garantia do Estado de Direito[75].

O dever de fundamentação está previsto atualmente no artigo 93, IX da Constituição, e tem o seguinte texto: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

Note-se que, ao contrário do que normalmente ocorre em texto constitucional, a norma em destaque prevê as consequências da ausência de fundamentação, qual seja, a nulidade do ato.

A Constituição brasileira ainda menciona que as decisões administrativas dos tribunais também devem ser motivadas (inciso X, do artigo 93).

2.2.3. A Evolução Histórica do Dever de Fundamentação na Constituição Portuguesa

O dever de fundamentação das decisões judiciais foi introduzido na Constituição da República Portuguesa (CRP) através da revisão constitucional de 1982. Entretanto, nesta ocasião, não havia um dever imperativo de que todas as decisões fossem fundamentadas. O então artigo 210°. previa que as decisões apenas seriam fundamentadas nos casos e na forma em que a lei ordinária dispusesse.

Muito embora a fundamentação tenha sido implementada inicialmente de forma excepcional, já que apenas nos casos e termos em que a

---

[75] NERY JÚNIOR, NELSON. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 173.

lei dispusesse é que havia a necessidade de cumprimento, significou um dos maiores avanços do sistema judiciário português à época[76].

A revisão constitucional de 1989 renumerou o mencionado dispositivo, passando a estar prevista no artigo 208°[77].

Em 1997, com a reforma ocorrida nesse ano, o dever de fundamentação ganhou *status* de generalidade, abarcando toda e qualquer decisão dos tribunais que não fosse de mero expediente. Entretanto, manteve-se a remessa da forma da fundamentação às especificações da lei infraconstitucional[78]. Ressalta-se ainda que o dispositivo que trata do dever de fundamentação foi renumerado mais uma vez, estando expresso hoje no artigo 205.° da Constituição portuguesa[79].

---

[76] ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ assim dispõe: "a consagração constitucional do princípio da motivação das sentenças judiciárias seria uma medida salutar, um grande passo do maior alcance político, ético-social e até mesmo econômico para nosso país, que marcaria uma verdadeira "viragem histórica" e da maior transcendência no panorama da vida judiciária, política e até cultural portuguesa do presente século" (*Direito Processual Civil, do antigo ao novo código*. Coimbra: Editora Almedina, p. 215).

[77] Já nessa época, mesmo que o dispositivo constitucional dispusesse no sentido de que as decisões seriam fundamentadas "nos casos e na forma da lei", extraía-se que a fundamentação, com assento na Constituição, constituía garantia integrante do conceito de Estado de Direito Democrático, cabendo à lei ordinária desenvolver tal garantia através de normas que realizassem de um modo mais perfeito possível os pressupostos da necessidade da fundamentação e, abreviadamente, o direito dos cidadãos à compreensão do raciocínio do juiz e proporcionar, do modo mais eficaz, o exercício do direito de submeter a sentença à apreciação de uma jurisdição superior pela via do recurso. ROCHA, MANUEL ANTÓNIO LOPES. *A Motivação da Sentença: Documentação e Direito Comparado*. n. 75/76. 1998. disponível em – www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-c.pdf, acessado em 18/03/2011.

[78] Vide Acórdão n°. 680/98 do Tribunal Constitucional Português: "Dispõe a Constituição, no nº 1 do artigo 205º, que "as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei". Este texto, resultante da Revisão Constitucional de 1997, veio substituir o nº 1 do artigo 208º, que determinava que "as decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei". A Constituição revista deixa perceber uma intenção de alargamento do âmbito da obrigação constitucionalmente imposta de fundamentação das decisões judiciais, que passa a ser uma obrigação verdadeiramente geral, comum a todas as decisões que não sejam de mero expediente, e de intensificação do respectivo conteúdo, já que as decisões deixam de ser fundamentadas "nos termos previstos na lei" para o serem "na forma prevista na lei". A alteração inculca, manifestamente, uma menor margem de liberdade legislativa na conformação concreta do dever de fundamentação".

[79] Artigo 205.º // (Decisões dos tribunais) // 1- As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.

Apenas para registrar, o Código de Processo Civil português começa o tratamento da matéria mencionando que qualquer decisão prolatada sobre pontos controvertidos ou sobre alguma dúvida devam ser sempre fundamentadas, proibindo a fundamentação por simples adesão aos fundamentos constantes do arrazoados das partes (artigo 158º). Já em outra parte prescreve que a sentença deverá indicar seus fundamentos, devendo o juiz, para tanto, discriminar os fatos que considerar provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, resolvendo todas as questões[80] que as partes tenham submetido à sua apreciação (art. 659º e 660º)[81].

Feita uma narrativa sobre a evolução histórica da motivação das decisões e, por termos primado pela análise, no presente trabalho, do dever de fundamentação nos sistemas da *civil law*, passamos a abordar uma breve perspectiva do instituto no sistema da *common law*.

2.3. O Dever de Fundamentação nos Países da *Common Law*

Os países do sistema da *common law* se diferenciam dos países da *civil law* porque utilizam o sistema de precedentes judiciais como fonte primária do direito, e não a lei[82].

---

[80] Nas palavras de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA "resolver questões não é julgar, mas algo que se faz a caminho do julgamento. Julgar é concluir, e só se consegue chegar à conclusão depois de resolvidas todas as questões. É preciso, então, que o juiz conheça de todas as questões de mérito, e as resolva, para que possa proferir seu julgamento sobre a pretensão do demandante" (*Lições de Direito Processual Civil*. vol. I. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 287).

[81] DIAS, RONALDO BRETAS DE CARVALHO. Fundamentos Constitucionais da Jurisdição no Estado Democrático de Direito. *In*: GALUPPO, MARCELO CAMPOS (coord.). *Constituição e Democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 294

[82] Os países que adotam o sistema da *civil law* são também conhecidos como "países do direito escrito". Essa afirmação refere-se, particularmente, à lei escrita que é, em todos esses países a fonte primária de direito. Não significa, entretanto, que a lei seja a única fonte de direito, porém, todas as outras têm papel secundário. Isso significa que a lei deve ser a primeira fonte a ser consultada na tentativa de se achar o direito. Não o encontrando na lei, as

Nesse sistema, nem o legislador nem a jurisprudência tiveram a necessidade de fazer constar expressamente uma obrigatoriedade de fundamentar as decisões. Esse preceito surgiu através da prática materializada no tempo[83]. Hoje, ao menos no direito inglês, esse preceito é característica marcante do sistema, principalmente nas Cortes Superiores[84].

Pelo fato de não haver norma que imponha uma obrigação, a fundamentação não pode ser tida como requisito de validade da sentença, e sua ausência ou insuficiência como um vício juridicamente relevante para a decisão[85]. Contudo, a prática dos juízes em fundamentar suas decisões generalizou-se a tal ponto de ser impossível considerar sua derrogação. Eventuais desvios provocariam no legislador a necessidade de se materializar em um comando normativo a obrigação de fundamentação[86].

Por característica do próprio sistema que se utiliza dos precedentes para pronunciar novos julgamentos, o papel da fundamentação ganha

---

fontes secundárias podem ser apresentadas para caracterizá-lo. Por *common law* entende-se, genericamente, como o sistema legal que tem como fonte primária de direito casos já julgados que se tornam vinculantes, ou seja, que devem ser obrigatoriamente observados em julgamento posteriores. É importante ressaltar ainda que outros pontos diferenciam a *common law* da *civil law*. A *common law*, se desvenda no seguimento e na sucessão das decisões judiciais. (VIEIRA, ANDRÉIA COSTA. *Civil Law e Common Law: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 63-65 e 107-108). Na *common law* a jurisdição e a legiferação se confundem nos mesmos órgãos. É exatamente no sistema da *common law*, no direito inglês, que se afirma a ideia de que o *rule of law* implica que todos os homens, sem exceção, se sujeitam aos mesmos juízes, ou tribunais, que lhes aplicam a mesma lei. Esse sistema foi moldado mais tarde pelo *due process of law*, que impõe uma igualdade e o condicionamento da validade da aplicação do direito pelos juízes ao exercício da jurisdição por tribunal competente, segundo o direito da comunidade. (FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *Estado de Direito e Constituição*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 34-35).

[83] TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op. cit.*, p. 316. Na Inglaterra, o fato de não haver norma expressa corresponde à jurisdição civil e penal. Já nas jurisdições especiais e administrativa surgem esparsos comandos que impõem esse dever (p. 329).

[84] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *op. cit.*, p. 103-104.

[85] TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op. cit.*, p. 329

[86] TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op. cit.*, p. 328-329.

importância basilar. Caso os tribunais não fundamentem suas decisões, todo o sistema poderia ruir[87].

Já que a fonte principal são os precedentes, torna-se evidente o papel essencial da função declarativa do direito realizada pela jurisprudência. Nessa perspectiva o juiz não só motiva a decisão para justificá-la, mas também para constituir a criação jurisprudencial do direito[88].

Como foi mencionado no decorrer da narrativa histórica, na Inglaterra, o hábito de fundamentar as decisões não se impunha tão somente às decisões proferidas pelo Juiz, mas frequentemente se fundamentava as decisões proferidas pelos jurados. Neste caso, na maioria das vezes os juízes se limitavam a receber o veredito sem justificar a decisão com argumentos distintos[89].

Atualmente, consolidou-se a concepção, em ambos os sistemas – da *civil law* e da *common law* –, de que os jurados são "juízes de fato" e os juízes togados "juízes de direito", e assim se apoia a prática dos vereditos dos jurados, hoje, não serem mais motivados. Em contrapartida, reforça-se a exigência de que se justifique a decisão final proferida pelo juiz, na qual deverá ser individualizada a *ratio decidendi* quantos aos fatos identificados pelos jurados. Assim, inclusive, poderá se consolidar o sistema ancorado em precedentes[90].

É evidente que o sistema de precedentes necessita da individualização expressa da *ratio decidendi* sobre o qual se funda a decisão, e isso ocorrerá através da fundamentação.

---

[87] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *op. cit.*, p.104.
[88] TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op. cit.*, p. 317.
[89] Ibidem, p. 316.
[90] Ibidem, p. 317.

Nos Estados Unidos, que herdaram o sistema da Inglaterra, o papel da fundamentação perdeu um pouco sua efetividade. As decisões dos órgãos Superiores – aliás, com relevantes exceções – costumam ser efetivamente motivadas, entretanto, nos pronunciamentos jurisdicionais de primeiro grau, tal princípio tão tem tido a mesma relevância[91].

Nos casos de Tribunal do Júri não se discute a forma de um veredito não motivado, porém é exigível, nos moldes do modelo Inglês, o uso predominante de razões motivadas por parte do juiz, principalmente nos processos em que o julgamento opera-se sem jurados[92].

No que tange ao sistema da *common law*, podemos reconhecer como sendo ele o precursor da capacidade de atribuir coerência interna à fundamentação das decisões.

2.4. Finalidades da Fundamentação

O dever de fundamentação das decisões judiciais reveste-se de finalidades próprias, não se trata de mero comando legal desprovido de sentido. Se fundamentar a decisão significa externar as razões que levaram o juiz a fixar o posicionamento materializado na decisão, por que o magistrado deve revelar tais motivos? Qual a finalidade em se externar o posicionamento do juiz?

Dentre algumas das finalidades da fundamentação de uma decisão podemos destacar a pacificação social; legitimidade da decisão, do juiz e do tribunal; autocontrole e controle social das decisões; garantia ao direito ao recurso; controle da correção material e formal pelos seus destinatários; compreensão da decisão; exercício da função do Estado de forma transparente e aberta; função pedagógica; evolução jurisprudencial; responsabilidade do Estado; e outras.

---

[91] TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op. cit.*, p. 332.
[92] Ibidem, p. 318.

Observamos, pois, que o dever de fundamentação tem verdadeira importância no mundo jurídico e constitui alicerce para um sistema judicial pautado na transparência, legalidade, duplo grau de jurisdição, democracia, pacificação social, controle do poder público e etc.

Dentre todas essas finalidades elencadas, podemos observar que a fundamentação das decisões compreende uma perspectiva objetiva, ou extraprocessual, e outra subjetiva, ou endoprocessual[93].

Nesse sentido as finalidades extraprocessuais incluiriam, dentre outros, a perspectiva da pacificação social, a legitimidade e o autocontrole das decisões e etc., ou seja, questões que não são reflexas diretamente às partes envoltas no processo. Na perspectiva objetiva haveria uma finalidade posta pelo interesse público.

No aspecto endoprocessual, a exemplo da garantia ao direito de recurso, o controle material e formal das decisões por seus destinatários (partes), a finalidade estaria relacionada aos reflexos que a fundamentação traz às partes, ou seja, a finalidade estaria relacionada às partes envoltas no processo[94]. Seria uma visão intra-processual.

Podemos então relacionar a finalidade extraprocessual da motivação como garantia política, ligada à dimensão constitucional do instituto, inclusive sob o fundamento de ser mecanismo de legitimação do Poder Judiciário no

---

[93] Classificando as finalidades como objetiva e subjetiva, vide: MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI. *op. cit.*, p. 70. Utilizando os termos endoprocessual e extraprocessual, vide: TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *op. cit.*, p. 334 e NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 31 e 39.

[94] Não se pode, contudo, deixar de considerar as causas em que determinada parte defende não apenas os seus interesses, mas o interesse de todos, como por exemplo, as causas em que o Ministério Público reclama a proteção de determinada área ambiental. Neste caso, muito embora o interesse seja da coletividade, o dever de fundamentação continua tendo uma finalidade endoprocessual, ou subjetiva, ao passo que possibilita determinar eventuais razões recursais – note-se que neste caso o Ministério Público, como parte, defendendo os interesses de todo, vai se apegar na fundamentação da decisão para firmar suas razões recursais. A Fundamentação corresponde, dentre outros, o direito à informação à sociedade como faceta extraprocessual e a de propiciar a firmação das razões recursais à parte, endoprocessualmente.

Estado Democrático de Direito. Já a motivação endoprocessual estaria ligada a uma garantia processual, relacionada como mecanismo destinado à parte[95]. Assim, uma dimensão endoprocessual da motivação implica em um instrumento técnico processual posto a serviço da exigência de funcionamento do processo e da organização centralizada da magistratura[96].

Quanto à pacificação social cumpre ressaltar que o exercício da função jurisdicional prestada pelo Estado tem que atender as finalidades para qual se destina o Estado, qual seja, promover pela pacificação social[97]. O emprego de decisões desmotivadas, com respaldo em aspectos meramente subjetivos dos juízes não solucionaria conflitos. Ao contrário, uma decisão bem fundamentada, capaz de satisfazer as expectativas das partes integrantes da lide, principalmente a sucumbente, atende a finalidade atribuída ao órgão ao possibilitar a pacificação daquele conflito. Daí a finalidade da motivação das decisões servir como pacificador.

Assim, o acerto quando da fundamentação proporciona a resignação da parte sucumbente, ao passo que a inexistência dela, ou seu equívoco, enseja no interesse em recorrer[98].

Salienta-se que a chamada crise do Judiciário muito se justifica pelos vícios identificados na fundamentação das decisões. O número de recursos e descrença na Justiça aumenta a cada dia, que somados à crescente litigiosidade que caracteriza a cultura do capitalismo competitivo e individualista, faz com que o Judiciário viva assoberbado de processos e recursos. Hoje, ao invés de se preocupar com a qualidade da prestação

---

[95] HARTMANN, ÉRICA DE OLIVEIRA. *A Parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões*. Curitiba: Conceito Editorial, 2010, p. 122. No sentido de que a fundamentação corresponde a uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito: MARCATO, ANTONIO CARLOS et al. *Código de Processo Civil Interpretado*. coordenação de Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 435.

[96] NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 31.

[97] MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI. *op. cit.*, p. 70.

[98] FONSECA, RICARDO CALIL. Judiciário: A Essência da Justiça na Fundamentação das Decisões. *Justilex*. ano VI, n. 69, set. 2007, p. 30.

jurisdicional para evitar o número de litígios e irresignações com as decisões, busca-se criar mecanismos de limitação do direito de recorrer, de forma a restringir a remessa dos processos aos tribunais superiores. O número de recursos aumenta proporcionalmente ao número de decisões com vícios de fundamentação, ao passo que o inverso é totalmente aceitável. Caso haja um aumento na qualidade das fundamentações, o número de recurso cairá naturalmente[99].

Uma boa fundamentação, capaz de satisfazer o que se espera de uma decisão racional e amparada nos melhores preceitos de justiça faria com que qualquer recurso que tentasse impugná-la parecesse pífio e banal. Neste sentido, haveria não só a desmotivação em recorrer das partes, como os próprios advogados, muitas vezes causadores da protelação do processo, não encontrariam razões plausíveis para impugnar a sentença, se convencendo da justiça da decisão e consequentemente passando isso ao cliente. O recurso notoriamente descabido de razão desencorajaria a maioria dos advogados de se expor tentando convencer o tribunal *ad quem* sobre o óbvio[100].

---

[99] Cabível a consideração de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, que menciona que a criação de tais institutos corresponde a remédios sintomáticos, pois eliminam-se, ou buscam eliminar os sintomas. “A causa do aumento de recursos não é sequer objeto de cognição. O aumento exagerado do número de recursos é sintoma de sentenças inconvenientes, sentenças carentes de fundamentação”. (Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. *In:* MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA; JOBIM, EDUARDO (coord.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008, p. 476).

[100] Quando trazemos à baila a questão dos advogados é natural que o leitor pense que muitas das razões da interposição de recursos se deva por culpa dos advogados, que na defesa dos interesses de seu cliente, mesmo diante da convicção de culpa, se vê obrigado a recorrer até a ultima instância, criando assim os chamados “recursos protelatórios”. Entretanto, não podemos desconsiderar que se o advogado não encontrar nenhum motivo a que possa se apegar para tecer eventuais razões recursais. Se não há como demonstrar um interesse de recorrer, tamanha a clareza e racionalidade da decisão a qual pretende atacar. Se não há o que atacar, tamanha a justiça da decisão. O advogado, mesmo quando motivado por seu cliente, irá trabalhar conscientizando, orientando, convencendo o cliente de que o direito não o socorre, e que não há possibilidade de fazer qualquer recurso com menor indício de plausibilidade.

Outro sentido da fundamentação das decisões é possibilitar um autocontrole das decisões, podendo ser empregada a expressão “autocontrole” em dois aspectos:

Um primeiro diz respeito ao controle efetuado pelo próprio magistrado, que ao decidir uma causa complexa, pode discorrer sobre as alegações das partes, bem como sobre as provas produzidas e o direito aplicado, chegando a uma conclusão coerente e clara, cuja constatação íntima fique identificada pela análise dos fundamentos que o levou a decidir. Trata-se de um convencimento próprio quanto à aplicação do melhor direito[101]. A fundamentação propicia que o juiz construa os diversos silogismos necessários para dar resposta ao pedido do autor, possibilitando a constatação dessas conclusões[102].

O outro sentido é o de autocontrole do órgão sobre o próprio órgão. Não se confunde aqui com a garantia ao direito ao recurso, que é inerente à parte, nem mesmo com a possibilidade de correção material e formal das decisões por seus destinatários. Trata-se de um mecanismo de controle da atuação dos juízes por parte do próprio Judiciário, pois são evidenciadas as razões de convencimento através da fundamentação e permite que o órgão analise quanto à justiça da decisão e quanto à atuação do juiz.

Não poderíamos deixar de mencionar a finalidade da fundamentação de possibilitar um controle social. A motivação não pode ser concebida apenas como um meio de controle institucional (através do sistema recursal), mas também deve ser vista como um meio de permitir um controle geral e difuso da maneira pela qual o tribunal administra a justiça. Em outras palavras, isso

---

[101] HERMENEGILDO FERREIRA BORGES menciona que “a motivação judiciária submete-se, naturalmente, ao controlo de um olhar que é intensivamente exercido pela sociedade e pelas instâncias superiores. Mas, do nosso ponto de vista, à motivação cabe sobretudo esta função de interiorizar no próprio juiz-relator um dispositivo de controlo próprio, que poderá ter expressão no conceito de auditório universal” (*Vida, Razão e Justiça, Racionalidade Argumentativa na Motivação Judiciária*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2005, p. 43).

[102] NUNES, ELPÍDIO DONIZETTI. *op. cit.*, p. 288.

implica que os beneficiários da fundamentação não são apenas as partes, seus advogados e o tribunal de recurso, mas também o interesse público[103]. Ao externar as razões que levaram o magistrado a decidir, possibilita-se à sociedade de exercer controle sobre a decisão, sobre o uso do poder por parte do magistrado e sobre a administração da justiça.

O magistrado, ao exercer a função pública, age em nome do Estado. Numa sociedade em que o Estado está cada vez mais próximo da sociedade civil e a responsabilidade desse Estado em face dos particulares é evidente, é necessário aquilatar o exercício da função do Estado através da atuação do juiz para gerar uma suposta responsabilização. A fundamentação age também nessa linha, posto que é através dela que se pode averiguar a forma de atuação do Estado no exercício de sua função jurisdicional. Ressaltamos ainda que pelos mesmos fundamentos instaura-se a responsabilidade pessoal do magistrado em face do Estado.

A motivação implica ao magistrado uma limitação de “poderes”, tornando evidente se a atuação desenvolvida está pautada na lei[104], e caso não esteja, fica sujeito à responsabilização.

Nessa lógica, a motivação das decisões judiciais confere, a um só tempo, à atuação estatal, razão de ser, na medida em que o Estado-juiz justifica seu agir, além de impor uma adstrição desse mesmo Estado-juiz aos parâmetros legais[105]. Como já mencionado é da fundamentação, e não da conclusão, que os destinatários concluirão se a decisão é justa e porque é

---

[103] TARUFFO, MICHELE. *La Motivazione della Sentenza Civile*. *op. cit.*, p. 407. No mesmo sentido: MACHADO, COSTA. *Código de Processo Civil Interpretado e Anotado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Editora Manole, 2006, p. 825.

[104] NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 70.

[105] MELLO, ROGÉRIO LICASTRO TORRES. *op. cit.*, p. 182.

justa, fazendo com que o homem, na sua necessidade de aceitar a justiça, encontre razões propriamente humanas que demonstre a justiça da decisão[106].

Essa participação cívica que é propiciada pela exigência de fundamentação serve, ainda que indiretamente, para condicionar o próprio conteúdo da decisão, na medida em que a necessidade de apresentar à opinião pública um discurso racional e coerente impõe determinado comportamento mental ao juiz no momento em que realiza as opções decisórias[107].

A fundamentação possibilita ainda a garantia ao direito ao recurso. As partes para recorrerem de uma decisão devem conhecer dos seus fundamentos, tanto fáticos quanto de direitos, de forma a possibilitar atacar os pontos que não lhe parecem ter sido de justiça, remetendo a matéria objeto de irresignação a juízo superior para apreço. O exercício do direito de recorrer, utilizando-se de todas as faculdades em direito permitidas e possibilitando as partes uma equidade de tratamento só é efetivado se o juiz externar os fundamentos que o levou a decidir em benesse de uma parte e em prejuízo da outra. Ao conhecer as razões que levaram o juiz a decidir, a parte pode atacar a decisão com base nos argumentos que lhe parece mais coerente[108].

Note-se que a maioria dos ordenamentos jurídicos veda a possibilidade de recurso genérico. É necessário demonstrar as razões recursais que fundamentam a pretensão em reformar a decisão, assim, só será possível fundamentar o recurso se tiver ciência dos motivos que levou o magistrado a decidir daquela forma. A falta de fundamentação impossibilita a

---

[106] CALAMANDREI, PIERO. *Proceso y Democracia*. Hector Fix Zamudio (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, p. 116-117.

[107] GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais. *Revista do Advogado*. ano XXVIII, nº, 99, set. 2008, p. 16.

[108] WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *op. cit.*, p. 111.

pretensão de impugná-la, uma vez que a omissão impede a formulação das razões recursais[109].

Ademais, as partes podem realizar a correção material e formal das decisões. Esta finalidade, a princípio, se confunde com a anterior (direito ao recurso). Na anterior propicia o direito ao recurso, nesta, trata-se da finalidade em proporcionar às partes que conheçam e corrijam os fundamentos fáticos e de direito da decisão.

Há ainda uma finalidade que merece total importância. A fundamentação tem por objeto levar compreensão às partes. Ao buscar a tutela jurisdicional, a parte busca defender direito inerente aos seus interesses (regra geral). O magistrado, ao declarar a existência de um melhor direito, em prejuízo de outro, deve buscar convencê-la, bem como à sociedade, de que o direito aplicável àquele fato leva à conclusão alcançada. Assim, o ônus do convencimento não se impõe somente às partes, mas a todos[110], sobre a legalidade e da justiça da decisão[111].

Uma das consequências de conseguir convencer as partes quanto à inteligência da decisão, principalmente a sucumbente, é garantir a efetividade da prestação jurisdicional e a legitimidade da Justiça, além de eliminar pretensão a eventual recurso por parte do sucumbente, o que colabora com a efetividade e celeridade processuais[112].

---

[109] NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 33.

[110] Sobre a questão da argumentação na decisão como forma de proporcionar um "consenso ideal" JOSÉ LAMEGO, cita Habermas, Apel, Tugendhat, Perelman, Kriele, Esser, etc. (LAMEGO, JOSÉ. Fundamentação material e justiça da decisão: a meta de decisões materialmente justas e os seus limites. *Revista Jurídica*. Lisboa: Nova Série, n.8, out./dez. 1986, p. 89).

[111] HOMEM, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS DE ARAGÃO SOARES. *op. cit.,* p. 121.

[112] Confrontando a celeridade pleiteada com a efetividade da prestação jurisdicional, assevera FRANCIS VANINE DE ANDRADE REIS: "A grande questão é essa busca desenfreada por uma resposta que sequer se liga à pergunta, no fundo, só torna a atividade atécnica, porque afastada do objetivo para o qual foi imaginada." (Por uma Técnica de Democratização das Decisões Judiciais. Parte I. *Repertório de Jurisprudência IOB, Tributário, Constitucional e Administrativo*. São Paulo: Vol. I, n.º 20, out. 2008, p. 888).

Michele Taruffo entende que uma das finalidades da fundamentação é destinada à parte vencida – e seu advogado –, para que os convença da bondade e justiça da decisão, servindo ainda para que se aquilate se o juiz analisou adequadamente o mérito da causa e as razões empregadas por cada parte, fato este que desencorajaria a parte sucumbente de interpor eventual recurso[113].

A motivação, neste sentido, visa persuadir a parte sucumbente, demonstrando-lhe que a conclusão alcançada na decisão não foi fruto de sorte ou capricho, mas de verdadeira aplicação do direito.

É importante ressaltar ainda o caráter pedagógico. Quando se fundamenta uma decisão, fixam-se certos ensinamentos sobre aquela matéria. A grande maioria dos ordenamentos jurídicos se utiliza da jurisprudência como fonte do direito, seja ela de forma primária ou secundária (*commom law* e *civil law*). Portanto, para que se possa utilizar precedente jurisprudencial como fonte de direito, de essencial importância que se conheça dos fundamentos daquela decisão, posto que só saberá o direito aplicável a determinado fato se puder constatar nas razões de fundamentação aplicáveis àquele fato.

Não se pode ignorar que o direito é criado e desenvolvido por ação e influência da jurisprudência, de forma que, mesmo em não havendo previsão expressa sobre determinado assunto, ao fundamentar sua decisão o magistrado expressa seu entendimento e norteia como o ordenamento jurídico funcionará a partir do precedente criado.

Em razão disso revela-se outra finalidade, que é a possibilidade de constatação da evolução jurisprudencial ao longo do tempo, como seja, o direito aplicável em determinada decisão num determinado momento, e o direito aplicável àquele mesmo fato em outra realidade. Tal questão possibilita o estudo da evolução jurisprudencial.

---

[113] TARUFFO, MICHELE. *La Motivazione della Sentenza Civile*. *op. cit.*, p. 374.

Outro efeito que merece destaque é a de que o magistrado, ao explicitar as razões de fato e de direito que levaram à conclusão de seu convencimento, faz da fundamentação o principal instrumento interpretativo da decisão. Portanto, é nesse ponto que se buscará respostas em caso de imprecisão ou dúvida existente na parte dispositiva[114].

Por fim, ressaltamos fenômeno interessante que evidencia a importância da fundamentação nos sistemas jurídicos atuais, dando a ela nova finalidade. O Supremo Tribunal Federal brasileiro, guardião da Constituição, tem estendido para a fundamentação o efeito vinculante que se extrai da parte dispositiva de uma decisão prolatava em uma via de controle concentrado de constitucionalidade[115]. Esse fenômeno tem recebido o nome de "teoria da transcendência dos motivos determinantes". A *ratio decidendi*, que é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado, passa a vincular os outros julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário[116]. A extensão do efeito vinculante à fundamentação reflete a intenção de consolidar as decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato das normas, dotando-o de melhor instrumental para a garantia da supremacia dos dispositivos constitucionais[117] [118].

---

[114] HERNÁNDEZ, IGNACIO COLOMER. La motivacioón de lãs sentencias: aproximación de um modelo. *Revista de Derecho Procesal*. Madrid: n.° 1-3, 2001, p. 147.

[115] "Como toda sentença, as decisões das ações diretas de inconstitucionalidade são formadas por três partes: relatório, fundamentação e dispositivo. Segundo a ótica processual tradicional, apenas a parte dispositiva da sentença transitava em julgado, servindo de limites objetivos para protegê-la de ser modificada em outros processos judiciais. Nos processos afeitos à jurisdição constitucional, em razão da força normativa da Constituição e da necessidade de se garantir a integralidade de seu conteúdo sistêmico, existe o efeito vinculante, que tradicionalmente incidia também apenas na parte dispositiva do acórdão" (AGRA, WALBER DE MOURA. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 696).

[116] LENZA, PEDRO. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14.ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 255.

[117] AGRA, WALBER DE MOURA. *op. cit.*, p. 696. O mesmo autor ainda faz a seguinte consideração: "Para a concretização da transcendência dos motivos, o contexto examinado tem que guardar similaridades com a realidade da qual emanou a *ratio decidendi* anterior, demonstrando elementos conexos que possibilitem a transcendência. O STF analisa se o caso

Dito isso e ressaltadas algumas das finalidades de se fundamentar as decisões judiciais, entendemos ser importante desvendar ainda no começo do trabalho quem são os destinatários da fundamentação. A quem interessa a fundamentação? Assim, passamos ao item seguinte:

2.5. Destinatários da Fundamentação

A prestação jurisdicional sempre terá um público. Sempre haverá um intérprete da decisão. Algumas decisões, dada sua importância, terão um rol de destinatários maior, outras, por se tratar de exclusivo interesse das partes, atrairá um público menor. Mas uma coisa não se pode negar: uma decisão sempre terá destinatários.

Os destinatários da decisão serão sempre os mesmo da motivação, e em assim o sendo, podemos mencionar que a motivação destina-se primeiramente às partes envoltas no litígio, aos tribunais, ao Estado como um todo e à sociedade.

Às partes porque são diretamente interessadas na solução do litígio. Como exposto, a motivação tem o condão de expor às partes o convencimento do juiz, ou seja, quais as razões que o levou a concluir daquela forma.

Aos tribunais, utilizando-se este em sentido *lato*, porque diz respeito ao tribunal *ad quem*, o qual irá apreciar eventual remessa da matéria e consequentemente terá de conhecer as razões da sentença para analisar quanto à justiça da decisão. Ao tribunal de forma geral – no sentido de Poder Judiciário –, porque não só será exercido um controle da decisão judicial, como também da atuação do magistrado. E ainda ao próprio magistrado, que poderá

---

se apresenta revestido das mesmas características que possibilitem transpor a fundamentação de um caso a outros” (p. 697).

[118] Causas em que o Supremo Tribunal Federal aplicou a transcendência dos motivos determinantes: ADI n.º 3.345/DF e as Rcl n.º 2.986 MC/SE (constante do Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 379) e Rcl n.º 2.475 (constante do Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 335).

ter por materializado suas razões de decidir, podendo analisá-las a qualquer tempo, racionalizando de seu próprio convencimento.

Ao Estado – como comunidade e poder juridicamente organizados[119] –, pois este tem interesse de que a lei, expressão da sua vontade, seja cumprida, e que a Justiça seja corretamente administrada[120].

Por fim, à sociedade como um todo, pois possibilita o controle social sobre a administração da justiça e atribui caráter pedagógico à decisão.

Quando nos referimos à sociedade no geral, estamos incluindo neste gênero destinatários como o professor, o pesquisador, os operadores do direito no geral e também de outras ciências, empresários, enfim, todos aqueles que têm interesse no objeto da decisão, independentemente se vão ser afetados direta ou indiretamente. Como exemplo, poderíamos citar o inquestionável interesse social no julgamento de uma via de controle concentrado de constitucionalidade.

Note-se que os destinatários da decisão correspondem a um universo bem amplo, o que eleva ainda mais a importância do instituto da fundamentação[121].

Desta feita, revelado o sentido de “fundamentação da decisão judicial”, explanado sobre sua história e sobre sua influência nos sistemas da *common law* e da *civil law*, analisadas as suas finalidades e os seus destinatários, fica claro que o instituto propicia uma atuação imparcial ao Poder Judiciário e constitui alicerce para que o Estado exerça sua função de forma clara e transparente. Em razão dessa estreita ligação com a função pública,

---

[119] MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 58.

[120] SOUZA, DANIEL ADENSOHN. *op. cit.*, p. 144.

[121] Discorre GUILHERME HENRIQUE DE LA ROCQUE ALMEIDA que podem ser ilimitados os interessados pela fundamentação das decisões judiciais. (O Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo, Direito Público*. Belo Horizonte: ano 08, n.º 84, fev. 2008, p. 46).

analisaremos a seguir a conexão que o dever de fundamentação estabelece com o Estado, mais precisamente com o Estado Democrático de Direito.

3. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A RELAÇÃO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tamanha a importância dos Estados adotarem a forma Democrática de Direito que hodiernamente estrutura grande parte dos países modernos, inclusive fazendo constar em dispositivos de abertura de várias Leis Fundamentais – a exemplo da Espanha, França, Índia, Itália, Brasil e Portugal, além da Constituição da União Europeia[122].

A opção terminológica quanto à forma de Estado aqui lançada é irrelevante, se Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional democrático, etc., desde que fique claro que o presente trabalho está ancorado em uma organização política que preserva pelo direito, a Constituição, os direitos fundamentais e pela democracia[123].

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito é entendido, para além de sua subordinação ao direito, como "a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos por eleições livres e periódicas, mediante sufrágio

---

[122] O artigo 1-2.º da Constituição da União Europeia tem o seguinte texto: "A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito dos direitos, incluindo dos direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre mulheres e homens."

[123] LUIS ROBERTO BARROSO menciona que "A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova fase de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado Constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre as sutilezas semânticas na matéria" (Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In:* QUARESMA, REGINA; OLIVEIRA, MARIA LUCIA; OLIVEIRA, FARLEI (coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 72).

universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandados periódicos"[124]. Mais ainda, no plano das relações desenvolvidas entre Estado e indivíduo, considera-se democrático aquele Estado que cumpre não só os direitos civis e políticos, mas como todos os direitos e garantias fundamentais.

Não pretendemos, pois, fragmentar o Estado Democrático de Direito em Estado Democrático e Estado de Direito. Numa concepção moderna o Estado só se concebe como sendo um Estado Constitucional, que inexoravelmente engloba um conceito de Estado Democrático de Direito[125], não havendo a possibilidade, reafirmamos, numa concepção moderna, de existir um Estado de Direito que não seja democrático, e um Estado Democrático que não seja de Direito[126]. O que faremos a seguir é apenas analisar separadamente a relação que o dever de fundamentação estabelece com a democracia e com o Estado de Direito[127].

---

[124] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 213.

[125] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, p. 92-93; BASTOS, CELSO RIBEIRO, *Curso de Direito Constitucional*, 12ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1990, p. 146-147; e FRIEDE, REIS. *Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado: Teoria Constitucional e Relações Internacionais*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2002, p. 244-245.

[126] Em sentido contrário a esse entendimento, consentindo com a possibilidade de existir um Estado de Direito que não tenha viés democrático, por todos: AGRA, WALBER DE MOURA. *op. cit.*, p. 10; SILVA NETO; MANOEL JORGE. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 266; BARROSO, LUIS ROBERTO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 40-41.

[127] Vide, a respeito de Estado Constitucional, os ensinamentos de CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. *op. cit.*, p. 97-98: "O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma 'linha Maginot' entre 'Estados que têm uma constituição' e 'Estados que não têm uma constituição', isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do 'direito' e do 'poder' no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do 'poder dos cidadãos'".

A exemplo da indissociabilidade entre Estado Democrático e Estado de Direito, a República Federativa do Brasil foi constituída numa democracia fundada no direito, baseada em normas jurídicas previamente estabelecidas[128], que darão à democracia a base necessária para sua efetivação.

Daí a impossibilidade de imaginar um Estado que pregue pela democracia mas que não esteja ancorado no direito para fazer imperar os valores democráticos e, por outro lado, não se pode assumir que esse direito nasça de outra forma senão a democraticamente prevista na Constituição[129].

O direito, e mais precisamente a Constituição, deve ser vista como maior garantia da democracia, não só no aspecto formal, como um sistema de procedimentos e controles estipulados como garantia do sistema de representação da maioria, mas também no aspecto substancial, enquanto sistema de direitos fundamentais estipulados para proteger de qualquer ameaça absolutista. Hoje o direito está sujeito ao próprio direito quando as normas constitucionais, sobretudo as de direitos fundamentais, vinculam o legislador democraticamente legitimado pela maioria[130].

Nesse sentido o Estado de Direito constitui um requisito para o exercício da soberania popular: se os direitos fundamentais, que está indissociavelmente ligado à noção de Constituição e de Estado Democrático de Direito[131], por exemplo, não estão garantidos, não há uma formulação livre e igualitária da opinião e da vontade do cidadão. Logo, o Estado de Direito figura

---

[128] ROCHA, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES. Os dez anos da Constituição Federal, o poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. *Debate: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Konrad Ademauer Stiftung, nº. 20, ano 1999, p. 12.

[129] Aliás, foi a Revolução Francesa que desenvolveu "o princípio de que deve primar o Direito declarado pelo Estado e de que não pode haver Direito Positivo sem ser, direta ou indiretamente, expressão da universalidade de decisão de um povo organizado" (REALE, MIGUEL. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 207).

[130] FERRAJOLI, LUIGI. O Estado Constitucional de Direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. *Revista do Ministério Público*. Eduardo Maia Costa (trad.). ano 17, n. 67, jul./set. 1996, p. 47-48.

[131] SARLET, INGO WOLFGANG. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 58.

como uma autodefesa da soberania popular *vis-à-vis* a sua própria manifestação futura em momentos excepcionais[132].

Portanto, reafirmamos, apesar de analisarmos a seguir a relação que o dever de fundamentação estabelece com o regime democrático e com o Estado de Direito, não podemos fazer um sem estarmos respaldados pelo outro[133].

3.1. O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais e sua Relação com o Estado de Direito

O Estado de Direito como princípio dotado pela maioria dos Estados modernos consiste na estruturação do Estado sob rigoroso e consistente sistema jurídico, não permitindo que o agente público, no exercício de sua função, afaste-se da legalidade, sob pena de inviabilidade e ilegitimidade do próprio princípio[134].

Tal pensamento deriva da idealização da impessoalidade do poder político. O detentor da soberania é o Estado e não o monarca, submetendo todos, sem exceção, ao império do direito[135] [136]. Essa noção corresponde ao

---

[132] SOUZA NETO, CLÁUDIO PEREIRA. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: Coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ano 4, n. 15, abr./jun. 2005, p. 209-210. O mencionado autor cita ainda o posicionamento de John Hart Ely e Jurgen Habermas no sentido de considerar o Estado de Direito como sendo condições procedimentais da democracia. Assim, não significaria uma auto-restrição da soberania popular, mas um elemento constitutivo desse princípio.

[133] Quanto a impossibilidade de dissociar o Estado de Direito do Estado Democrático, vide: FABRÍCIO, ADROALDO FURTADO. As Relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário no constitucionalismo contemporâneo. *Debates, A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. ano 1999, n.° 20, Konrad Ademauer Stiftung, p. 83, e FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 212 e ss.

[134] LEMES, GILSON SOARES. Técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Jurisprudência Mineira*. Belo Horizonte: ano 58, vol. 183, out./dez. 2007, p. 36.

[135] FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES. *op. cit.*, p. 213-214.

[136] Os princípios do Estado de Direito servem como instrumentos para prevenir uma expansão totalitária e, em geral, um exercício incontrolado do poder do Estado (ZIPPELIUS,

princípio *rule of law*[137] do direito anglo-saxão, que quer dizer "governo das leis e não dos homens"[138].

Quanto às origens e o desenvolvimento histórico do Estado de Direito, os juristas, filósofos e cientistas políticos indicam o momento em que se consegue pôr freios à atividade estatal por meio da lei, ou seja, no momento em que o próprio Estado se submete às leis feitas por ele mesmo[139]. Seria um processo de juridicidade estatal[140].

Por isso, quando nos referimos hoje ao Estado de Direito não estamos reportando-nos a qualquer Estado ou qualquer ordem jurídica, mas apenas àquele Estado que vive sob o primado do direito, entendido como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam ao império da lei, à divisão de Poderes[141], à atuação da administração pública segundo a lei, com possibilidade de controle pelo Judiciário, e, ainda, à existência de direitos e liberdades fundamentais, tanto na perspectiva jurídico-formal quanto a efetiva realização material[142] [143].

REINHOLD. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Edição. tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. coordenação de J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 383).

137 JORGE MIRANDA, pontua o *rule of law* como sendo "os princípios, as instituições e os processos que a tradição e a experiência dos juristas e dos tribunais mostraram ser essenciais para a salvaguarda dos direitos das pessoas frente ao Estado, à luz da ideia de que o Direito deve dar aos indivíduos a necessária protecção contra qualquer exercício arbitrário de poder" (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 8ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 125).

138 NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 41.

139 MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 198.

140 CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina, p. 93.

141 Explicando as razões da separação dos Poderes no Estado de Direito, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: "inexiste limitação do poder pelo Direito quando a mesma pessoa pode fazer a lei e executá-la (tem legislação e administração); e mais se agrava a situação se contar com jurisdição para apreciar litígios ou punir infrações" (*Estado de Direito e Constituição*. 2ª Edição. *op. cit.*, p. 33-34).

142 MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 199.

143 JORGE MIRANDA ensina que o Estado de Direito "é o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores

Esse primado deriva do artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, segundo o qual "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição", e assim nasce a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais[144].

Portanto, hoje, o Estado de Direito não mais se submete somente às leis, mas as técnicas de controle impostas ao Estado estão ancoradas principalmente na Constituição. A supremacia da Constituição é o remate de um sistema integral de controles políticos[145], sobretudo em razão dos direitos fundamentais. Logo, ao Estado de Direito cumpre a exigência imposta pelo constitucionalismo moderno no que tange a limitação do poder. O Estado constitucional é, então, um Estado que tem o poder limitado através do império do direito[146].

Essa limitação impõe um dever ao Estado de se justificar, de demonstrar que sua atuação está pautada na lei, o que caracteriza o Estado de Direito como o Estado que se justifica[147].

Logo, a intervenção estatal na vida das pessoas – como a realizada pelo Poder Judiciário – deve justificar-se materialmente, através de um fundamento, e formalmente, com a declaração desse fundamento[148].

---

materiais) se eleva a critério de acção dos governantes" (*Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 46).

[144] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 58.

[145] LOEWENSTEIN, KARL. *Teoria de la Constitución.* Alfredo Gallego Anabitarte (trad.). Barcelona: Editora Ariel, 1982, p. 71.

[146] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. *op. cit.*, p. 98.

[147] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Forense: 1988, p. 89; no mesmo sentido: LEMES, GILSON SOARES. *op. cit.*, p. 36; e AMORIM, LETÍCIA BALSAMÃO. Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado Democrático de Direito. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 38, maio 2006, p. 71.

[148] WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *op. cit.*, p. 323.

O que diferencia o Poder Judiciário dos demais poderes não é o fato de ser titular da função estatal que visa aplicar o direito, mas sim sua capacidade de prolatar, de forma autorizada, decisão autônoma e vinculante em casos em que esses direitos tenham sido contestados ou lesados, tendo poder para fazer valer suas decisões[149]. Tamanho poder de intervenção deve ser contido por mecanismos de justificação.

O instrumento de justificação que irá realizar a função de limitação do poder e, consequentemente proporcionar o controle da atuação do Poder Judiciário, é a fundamentação das decisões judiciais.

Não se pode pensar no sistema de Estado de Direito sem pensar nos juízes e em uma jurisdição independente, liberada de todos os vínculos com os outros poderes, capaz de dizer ao Legislativo que sua lei é inconstitucional e, portanto, não deve ser aplicada; capaz de dizer ao Poder Administrativo que ele ultrapassou os limites da Constituição, que desviou dos seus fins, corrigindo esses desvios de poder[150]. É nesse sentido que o teste quanto à efetividade do ordenamento jurídico é posto ao Judiciário.

Ademais, não basta reconhecer direitos *in abstracto* sem assegurar a possibilidade de obter *in concreto* a proteção ou a reintegração de direitos abstratamente reconhecidos. A promessa contida na lei reduzir-se-ia a mero *flatus vocis* sem a oportunidade, aberta a todos e a cada qual, de reclamar do juiz que faça cumprir a lei[151].

Cabe ao Poder Judiciário garantir o cumprimento da lei, assegurando o direito *in concreto*. Então, quando o Judiciário, que também

---

[149] HESSE, KONRAD. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Luís Afonso Heck (trad.). Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 20ª Edição, 1998, p. 411.

[150] NÉGRI, HECTOR. O Poder Judiciário e a construção do Estado de Direito. *Debates: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Konrad Ademauer Stiftung, nº. 20, ano 1999, p. 247.

[151] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *Revista Jurídica*. *op. cit.*, p. 109.

está submetido às leis, aplica o direito e faz com que o Estado, bem como a sociedade, esteja ancorado à lei, deve demonstrar que exerce sua função conforme a lei, e que aplica o direito da melhor forma, justificando-se, o que como exposto, será evidenciado através da fundamentação das decisões.

Há outra finalidade clara no dever de fundamentação, a de possibilitar o controle da função exercida pelo Poder Judiciário, o que é inerente ao próprio conceito de Estado de Direito[152].

Nota-se que se o Estado de Direito pressupõe a primazia do direito, a divisão dos poderes, o controle do Estado pelo próprio Estado – na função típica do Poder Judiciário – e ainda a consagração e proteção de direitos fundamentais. A fundamentação das decisões judiciais revela-se como instrumento apto a garantir a aplicação do direito, a evidenciar a divisão e independência dos poderes, o controle do Estado pelo próprio Estado, e mais, o controle do Judiciário pela sociedade, pelas partes, e pelo próprio Judiciário, além da proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Dessa forma, o dever de fundamentação assume uma inquestionável associação ao Estado de Direito, constituindo instrumento de garantia de seu primado.

Essa garantia é recíproca. O dever de fundamentação garante o Estado de Direito, e este garante o dever de fundamentação. O próprio direito, ancorado no fato do Estado estar submetido a ele, faz com que a consagração de qualquer princípio como norma, sobretudo constitucional, impõe ao Estado um dever imperativo de cumprimento, de submissão. Essas regras são postas para que ninguém possa tocá-las, para serem deixadas ali, por opção do legislador constituinte, ou, que sejam dignas de processo de modificação mais

---

[152] Neste sentido assevera RONALDO BRETAS DE CARVALHO DIAS, ao discorrer sobre o princípio da fundamentação das decisões judiciais: “Nosso pensamento sobre o alcance do princípio em exame busca se harmonizar com o que entendemos ser jurisdição exercida de forma vinculada ou obediente ao princípio maior do Estado Democrático de Direito” (*op. cit.*, p. 287).

solenes. São elas que dão aos indivíduos e à sociedade a segurança esperada. São elas que limitam o poder e consequentemente as leis[153].

Por isso, num Estado Constitucional de Direito, pela análise da teoria da estrutura escalonada da ordem jurídica, perfilhada por Hans Kelsen[154], ao consagrar o princípio a nível constitucional torna-o princípio constitucional geral e impõe obediência a todo o ordenamento jurídico, independentemente da existência de lei ordinária que especifique a matéria, tal como feito com o dever de fundamentação em grande número de países.

Isso implica ainda que as normas infraconstitucionais só possuirão validade se estiverem em consonância com as normas Constitucionais, e qualquer disposição que contrarie o dever de motivar as decisões judiciais será considerada inconstitucional.

A consagração a nível constitucional poderá, inclusive, como discorreremos mais adiante do trabalho, constituir limitação ao próprio Poder Constituinte Derivado de Reforma, ao impor restrição à modificação do texto constitucional.

Por derradeiro, nos reportamos às sábias palavras do Professor Jorge Miranda ao contrapor as diferenças entre o Estado de Direito e Estados Absolutistas: “Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos, cidadãos e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis”[155].

---

[153] NÉGRI, HECTOR. *op. cit.*, p. 246.

[154] KELSEN, HANS. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.). 5.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 309 e ss.

[155] MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. *op. cit.*, p. 45.

Ponderadas as questões relativas ao Estado de Direito, passamos a uma análise da fundamentação das decisões judiciais sob a ótica do Estado Democrático.

3.2. O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais e sua Relação com o Estado Democrático

Grande parte dos Estados ocidentais tem como referência o regime democrático. Numa concepção moderna, só é aceito como legítimo o governo que provém do povo e que visa ao interesse geral[156].

Ressaltamos que o conceito de democracia não se resume a um quadro institucional rígido, que possa ser considerado universalmente válido. Pelo contrário, cada Estado, em cada tempo, utiliza uma concepção de democracia[157]. Entretanto, o núcleo essencial do conceito de democracia sempre foi o mesmo, e é nessa acepção de democracia que desenvolveremos o tópico.

A democracia não constitui objeto de estudo tão somente da Ciência do Direito, mas também da Ciência Política, Sociológica, Filosófica, Histórica e etc., e ao pesquisar as dimensões que a democracia se reveste nestes ramos da ciência encontramos três conceitos distintos: como regime político, como direito fundamental e como princípio constitucional[158].

Para o presente tópico torna-se relevante a análise da democracia como regime político, quedando-se à análise da relação que o dever de fundamentação impõe com o princípio constitucional democrático e com o direito fundamental à democracia, que será revelado em momento oportuno.

---

[156] FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 100.
[157] FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *A Democracia Possível*. São Paulo: Editora Saraiva, 1972, p. 133.
[158] HERTEL, JAQUELINE C. SAITER. *As Dimensões Democráticas nas Constituições Brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 43.

3.2.1. A Democracia como Regime Político e seus Efeitos Perante o Poder Judiciário

A democracia se constitui também em um regime político[159], no sentido de um conjunto de elementos que concorrem para que sejam tomadas as decisões do Estado[160]. Assim, por ser a democracia um regime em que aquelas pessoas que exercem o poder são escolhidas pelo povo, para exercer o poder em seu nome[161], os elementos que concorrem para a formação da vontade política do Estado devem ser feitas em nome do povo, e para estes, até mesmo porque se buscarmos o sentido etimológico de "democracia" veremos que vem do grego *arché* (governo) mais *demos* (povo), constituindo o governo onde todo o poder emana da vontade popular[162] [163].

Os regimes democráticos[164] são marcados pela participação popular nas decisões estatais, seja pela participação direta, seja indireta - ou ainda semidireta[165] -. Esse regime político possibilita uma zona de interação entre os órgãos de poder e a sociedade. Ou seja, o povo escolhe seus representantes que, agindo como mandatários, decidem o destino da nação[166].

Em razão da participação popular, as decisões governamentais alcançam um grau muito maior de legitimidade, permitindo, teoricamente, uma

---

[159] Quanto a divergência sobre o enquadramento de democracia como sendo um regime político, um sistema político, ou ainda um sistema de governo, vide: HERTEL, JAQUELINE C. SAITER. *op. cit.*, p. 47 e ss.

[160] BARRACHO, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA. *Regimes Políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977, p. 100.

[161] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Edição. *op. cit.*, p. 100.

[162] HERTEL, JAQUELINE C. SAITER. *op. cit.*, p. 49.

[163] RONALD DWORKIN menciona que a democracia ideal seria aquela em que cada cidadão tivesse a mesma influência na legislação feita no país (*O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 436).

[164] Contrário ao regime democrático estão os regimes não-democráticos ou autocráticos, que dividem-se em autoritários, ditatoriais e totalitários, tendo como critério classificador o grau de participação popular, sempre irrisórios.

[165] Sobre os tipos de Democracia, vide: FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *Curso de Direito Constitucional*. 34º Edição. *op. cit.*, p. 82 e ss.

[166] MORAES, ALEXANDRE. *Direitos Humanos Fundamentais*: *Teoria Geral*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 2.

fiscalização dos agentes governamentais e uma maior seara de discussão para a tomada de decisões[167].

Entretanto, democracia hoje em dia não significa apenas a possibilidade do povo escolher seus governantes, além de participar na formação da vontade do Estado, inclui ainda uma proteção constitucional que afirma a superioridade da Constituição, a existência de direitos fundamentais, da necessidade das ações estatais estarem respaldadas na legalidade, e a existência de um sistema de garantias jurídicas e processuais[168], inclusive por sua associação ao Estado de Direito[169].

Logo, o poder outorgado pelo povo aos seus representantes não é absoluto, mas sim limitado à Constituição, sobretudo aos direitos fundamentais[170].

Nas palavras de Habermas, a decisão democrática será aquela inserida em uma dinâmica procedimental na qual tanto os autores como sujeitos da decisão possam consentir e reconhecer que o resultado foi o correto, por ser um conjunto do melhor argumento[171].

Muito embora o Poder do Estado, que é uno, esteja dividido em três diferentes funções – Legislativo, Executivo e Judiciário[172], para o presente trabalho analisaremos somente a interação do Poder Judiciário com a

---

[167] AGRA, WALBER DE MOURA. *op. cit.*, p. 104.

[168] FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES. *op. cit.*, p. 216.

[169] Não há como referir à democracia sem reconhecer a proteção de direitos fundamentais, haja vista o seu importante papel na sociedade, pois é por meio desses direitos que se avalia a legitimação dos poderes sociais, políticos e individuais. (CUNHA JÚNIOR, DIRLEY. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Podivm, 2008, p. 511-512.)

[170] MORAES, ALEXANDRE. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*. *op. cit.*, p. 02.

[171] FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES. parafraseando a ideia de Habermas, em: *op. cit.*, p. 216.

[172] Sobre a história da separação dos Poderes, vide: PELICIOLI, ANGELA CRISTINA. O Poder Judiciário e a nova Perspectiva do Princípio da Separação dos Poderes. *In:* ABREU, PEDRO MANOEL; OLIVEIRA, PEDRO MIRANDA (coord.). *Direito e Processo, Estudos em homenagem ao Desembargador Noberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito Editorial, p. 39-49.

sociedade. É nessa relação que o dever de fundamentação ganha importância para o regime democrático.

Se no regime político democrático o Poder emana do povo, é evidente que a atuação do Poder Judiciário deve ser feita para o povo, de forma a legitimar democraticamente a atuação estatal. A legitimidade do Poder Judiciário não decorre tão somente do Estado de Direito e da força normativa da Constituição[173]. Os órgãos jurisdicionais, ao proferirem suas decisões, cumprindo e finalizando a função jurisdicional, deverão fazê-lo direcionados pela vinculação com o Estado Democrático de Direito[174].

Como analisar então a participação popular no exercício do Poder Judicial para legitimar a atuação democrática do Estado?

3.2.2. Questionamentos quanto à Legitimidade do Poder Judiciário no Regime Democrático

Democracia, por vezes, é reduzida a uma ideia de democracia representativa. Esse fenômeno pode ser explicado pelo fato de que quando o Estado passa a ser democrático, a maioria dos cargos políticos, inclusive o de Presidente da República, tornam-se eletivos.

Com os sucessivos aumentos dos direitos políticos (sufrágio universal e outros) e do aperfeiçoamento das técnicas de incremento dos partidos políticos, concedeu-se aos cidadãos a prerrogativa de escolha de seus representantes políticos, a fim de propiciar uma participação – senão direta, indiretamente – na política de seu país[175].

---

[173] Asseverando a legitimidade dos Poderes como sendo fruto da força normativa da Constituição, CAYMMI, PEDRO LEONARDO SUMMERS. O Papel da Fundamentação das Decisões Judiciais na Legitimação do Sistema Jurídico. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 17, ago. 2004, p. 115-120.

[174] DIAS, RONALDO BRETAS DE CARVALHO. *op. cit.*, p. 287.

[175] NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 58-59.

Regra geral, tal forma de representação popular não foi aplicada ao Poder Judiciário, uma vez que o caráter eletivo e a periodicidade não configuram traços marcantes na magistratura. O Brasil, por exemplo, não adota o sistema eletivo para a escolha dos juízes, como ocorre no sistema Norte-Americano, nem o sistema de nomeação, como ocorre na Inglaterra[176]. A forma de ingresso na magistratura obedece a critérios específicos previstos nas Constituições, o que exclui uma participação direta da população no exercício dessa função[177] – ao menos em grande parte dos países que utilizam o critério meritório (concurso público) para o ingresso na magistratura.

Como mencionado, o questionamento quanto à legitimidade do exercício da função jurisdicional[178] no Estado Democrático tem como um dos fundamentos o fato do Poder Judiciário não ser composto por representantes diretos do povo, ao contrário do que ocorre no Poder Legislativo e Executivo, cuja representação se dá mediante eleição. É comum encontrarmos aqueles que defendam que o ingresso na magistratura, para coadunar com o preceito democrático, deva ser feito pela via eleitoral[179], o que, diante deste e de vários outros questionamentos, enseja que o Poder Judiciário legitime sua atuação

---

[176] MANZI, JOSÉ ERNESTO. *op. cit.*, p. 92.

[177] NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 59. Poder-se-ia até admitir uma participação indireta na escolha dos juízes dos Tribunais Superiores, haja vista a participação do Executivo e Legislativo. Sobre “quem elege os juízes do Tribunal Constitucional”, vide: MIRANDA, JORGE. Quem Elege os Juízes do Tribunal Constitucional. *In:* _______. *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 399 e ss.

[178] Nas palavras de JORGE MIRANDA, na “função jurisdicional define-se o direito (*juris dictio*) em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre particulares e entidades públicas, e aplicação de sanções), e em abstracto, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de actos jurídicos (*maxime*, de actos normativos). (*Manual de Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 3.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 29).

[179] Vide a respeito: CIRILO, NATÁLIA CRISTINA DO NASCIMENTO. O processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal e o Estado Democrático de Direito na perspectiva da Teoria Discursiva do Direito. *In*: CASTRO, JOÃO ANTÔNIO LIMA (coord.). *Direito Processual: Interpretação Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Publicação da PUC Minas: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 71-86; bem como OLIVEIRA, MARCELO ANDRADE CATTONI. Argumentação Jurídica e Decisionismo: Um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. *In:* SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE. *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2004, p. 522.

atraindo a participação popular e permitindo uma fiscalização dos agentes governamentais, conforme o próprio sentido de democracia e de Estado de Direito impõem.

A necessidade de legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade não se esgota na forma de aquisição e exercício do poder jurisdicional, mas pela conjuntura atual o Judiciário foi convocado a se pronunciar sobre questões que antes não lhe era submetido a apreço[180].

A exemplo do fenômeno do "ativismo judicial", o Judiciário não age mais tão somente na pacificação social – fruto da resolução de conflitos de interesses particulares –, mas em razão da ampliação do campo de atuação trazido pela Justiça Constitucional, o Poder Judiciário age, por vezes, como legislador, além de se ver interpelado a resolver questões que fogem a sua linha clássica de atuação, a exemplo das questões ambientais, questões que predominem o interesse difuso, biossegurança, células-tronco, genética, dentre várias outras, em que a necessidade de capacidade técnica extrapola os conhecimentos específicos que se espera de um operador do direito[181]. Imagine em uma sociedade conservadora, onde os conceitos religiosos

---

[180] Sobre a evolução histórica da atuação do Poder Judicial na composição dos litígios, vide: LEMES, GILSON SOARES. *op. cit.*, p. 32-38.

[181] Ademais, JOSÉ RENATO NALINI tece curiosa observação sobre a atipicidade da função que cada Poder exerce hoje: "Com o objetivo de preencher o vácuo deixado pela pífia produção normativa, o Parlamento se apropria de parcela da função jurisdicional. Instaura CPIs e investiga, julga, profere execuções.// Enquanto isso, para poder atender às necessidades gerais da cidadania, o Executivo normatiza. São resoluções, portarias, ordens de serviço, atos normativos de toda ordem, expedidos por Banco Centrais, CADES; Agências Reguladoras, Ministérios, Autarquias, Institutos e demais órgãos públicos. // Para um Estado em que o Legislativo julga e o Executivo Legisla, o que teria restado para o Poder Judiciário? // A Justiça passa a administrar. E o faz com crescente desenvoltura, mediante concessão de liminares, antecipações de tutela e outras práticas previstas no ordenamento." (O Futuro da Separação dos Poderes. *Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro*. Belo Horizonte: ano 17, n.º 66, abr./jun. 2009, p. 17). O tema ainda é melhor desenvolvido na obra do mesmo autor denominada *A Rebelião da Toga*. 2ª Edição. Ed. Millennium, 2008. No mesmo sentido: EDITORIAL. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. ano 12, n.º 138, maio 2004.

estejam enraizados no anseio social, o Judiciário ser convocado para definir quando começa a vida[182].

Ademais, uma das principais características do Estado Constitucional (Estado Democrático de Direito), é que as leis se submetam às normas constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Afirmar que a lei tem sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os conflitos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação das leis e do controle da sua constitucionalidade deve solucionar os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais[183] [184].

---

[182] No Brasil encontra-se ainda pendente de julgamento uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 54/2004), perante o Supremo Tribunal Federal, onde é pleiteado a descriminalização do aborto praticado contra feto anencéfalo. O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF (Relator Ministro Ayres Britto, Julgamento em 29/05/2008), que alegava uma suposta inconstitucionalidade da lei de biossegurança (que autorizava as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias), que a vida humana começa com os primeiros impulsos cerebrais: “O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”.

[183] MARINONI, LUIZ GUILHERME. *op. cit.,* p. 94.

O Judiciário passou de um simples aplicador de regras estabelecidas pelo Legislativo para um importante ator político, na medida em que a solução judicial das controvérsias supõe inevitavelmente um trabalho de criação do direito, com o suprimento das omissões legislativas, a superação de antinomias e a integração do conteúdo do texto legislativo pelo seu aplicador[185].

Tal pensamento representa uma era de império da justiça, no qual o abandono do legalismo como prática baseada tão somente num conceito restrito de lei foi somado à submissão das próprias leis aos princípios e valores jurídicos considerados fundamentais. Assim, os juízes continuam a ser os agentes garantidores da legalidade, mas passam a interpretar a lei de acordo com os ideais de justiça, direitos fundamentais e exercer sobre a própria lei um controle de constitucionalidade, onde em todos os casos os critérios de racionalização das decisões judiciais tornam-se objeto essencial à sua legitimação[186] [187].

---

[184] NOÉMIA NEVES ANACLETO faz uma relevante consideração, que em razão da integração dos Estados numa comunidade supra estatal e o aparecimento de fontes do direito supranacionais a que as ordens jurídicas nacionais devem submeter-se, conferiu-se aos juízes o novo poder, e também dever, de julgar o próprio direito interno, estando portanto pautado também em valores superiores (Legitimação do poder judicial. *Julgar*. Lisboa: nº 8, maio/ago. 2009, p. 143).

[185] GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. *op. cit.*, p. 15-16.

[186] ANACLETO, NOÉMIA NEVES. *op. cit.*, p. 142.

[187] Apenas para reforçar, nos últimos anos o Brasil passou por uma reforma processual visando dar maior celeridade e efetividade à tutela jurisdicional, assim, de acordo com a nova sistemática, a fundamentação ganha um papel ainda mais importante, pois é concedido ao magistrado um maior poder discricionário, como se verifica, por exemplo, na obrigatoriedade da forma retida do agravo (artigo 522 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n. 11.187/2005), ressalvados os casos de urgência, bem como nos casos de inadmissão de apelação; irrecorribilidade da decisão do relator que converte o agravo de instrumento em agravo retido ou que defere, em antecipação de tutela, total ou parcialmente a pretensão recursal (artigo 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil brasileiro, com redação dada pela Lei 11.187/2005). E mais, a importância do poder discricionário do magistrado ainda é verificado no artigo 285-A do referente Código, instituído pela Lei 11.277/2006, que permite ao juiz julgar improcedente a causa, antecipadamente, antes mesmo da oitiva do réu, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Igualmente, o §1º do artigo 518 do referido Código que autoriza o juiz a não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em

O Judiciário, ao ter a ampliação de seu campo de atuação, recebe os bônus do Poder Soberano do Estado, o que implica em assumir, por outro lado, os ônus que tal condição impõe a ele responder, inclusive perante a sociedade. Hoje o Poder Judiciário é instrumento de controle político da democracia juridicamente institucionalizada através da Constituição[188], que, por força da própria democracia faz com que o Judiciário, conforme já asseverado, mais do que os outros Poderes, tenha sua atuação pautada no regime democrático, inclusive possibilitando o controle de sua atuação, pois essa legitimidade só ocorrerá se houver a confiança da sociedade.

Ainda que a atividade jurisdicional não esteja hoje sustentada tão somente na pacificação dos conflitos de interesses – sem excluirmos os conflitos, mesmo que indiretos existentes na moderna atuação da jurisdição[189], o Poder Judiciário deve preservar pelos princípios básicos da jurisdição. Isso porque, independentemente da atuação, a jurisdição envolve aspectos de alta significação para o ser humano, em que os valores nos quais a sociedade reputou necessários de garantia precisam estar efetivamente resguardados para que a confiança do cidadão no Estado se mantenha estável[190].

Então, quando o Judiciário, ao interpretar as leis segundo os critérios de Estado Constitucional, inclusive através do controle de constitucionalidade, contraria o disposto pelo Poder Legislativo, composto por membros eleitos diretamente pelo povo, ou age como legislador, ou tem a discricionariedade de

---

conformidade com súmula do STJ ou do STF. Logo, verifica-se que nesses casos em que a decisão reveste-se de tamanha importância, cerceando direito da parte, que a fundamentação ganha uma importância ainda maior para legitimar a decisão proferida. (SOUZA, DANIEL ADENSOHN. *op. cit.*, p. 163-164).

[188] ROCHA, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES. *op. cit.*, p. 15.

[189] Com raríssimas exceções, toda provocação da jurisdição estará consubstanciada em um conflito de interesses, não somente no sentido clássico, mas mesmo em questões de controle de constitucionalidade, ativismo judicial, etc., haverá uma controvérsia, até porque, sem alusão a uma batalha argumentativa, não haveria um processo dialético que realiza um liame jurídico entre as teses. (SAMPAIO, DENIS. *op. cit.*, p. 143).

[190] ALMEIDA, FLÁVIO RENATO CORREIA. Da Fundamentação das Decisões Judiciais. *Revista de Processo*. ano 17, n. 67, jul./set. 1992, p. 196.

interpretar as leis, estaria violando o regime democrático[191]? O Juiz não eleito pelas urnas, estaria sobrepondo a vontade dos representantes direto do povo (membros do legislativo)[192]?

3.2.3. A Legitimação do Poder Judiciário no Regime Democrático

Os questionamentos instados no tópico anterior fazem com que o Poder Judiciário seja o poder do Estado que menos está provido de legitimação democrática[193] e, portanto, o que mais exige esforços para isso. Todo poder, ainda que legítimo, carece de legitimação. É necessário que o poder se imponha à sociedade através da aceitação geral de seus membros ou, pelos menos, da maior parte deles[194].

A função exercida pelo Poder Judiciário impõe uma obrigação de legitimação diária, ou melhor, uma legitimação a cada decisão. Não basta que a decisão esteja amparada na legalidade, mas sobretudo é necessária sua legitimidade[195].

A questão da legalidade e legitimidade estabelece curioso vínculo. A legitimidade do juiz tem origem na Constituição, mas mesmo assim é

---

[191] Em nota, MARIANNA MOTEBELLO: "O processo de "politização do judiciário" no Brasil não se encontra tão na "ordem do dia" como acontece nos Estados Unidos. Aqui já se aceita sem maiores questionamentos o papel interventor do Poder Judiciário, sendo raras as manifestações doutrinárias questionando a legitimidade do controle de constitucionalidade por considerá-lo contramajoritário – talvez assim o seja tendo em vista a frágil credibilidade de que gozam nossas Casas Legislativas, tornando desejável o controle por parte da magistratura" (Estudo sobre a Teoria da Revisão Judicial no Constitucionalismo Norte-Americano – a Abordagem de Bruce Ackerman, John Hart Ely e Ronald Dworkin. *In:* VIEIRA, JOSÉ RIBAS (org.). *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 94.)

[192] MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. vol. I. 3.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 408.

[193] CARRILLO, MARC. Poder Judicial y Estado Democrático. In: POLETTI, RONALDO REBELLO DE BRITO (org.). *Notícia do Direito brasileiro*. Brasília: Nova Série, n.º 9, 2002, p. 42.

[194] ANACLETO, NOÉMIA NEVES. *op. cit.*, p. 141.

[195] HARTMANN, ÉRICA DE OLIVEIRA. *A motivação das decisões penais e as garantias do artigo 99, XI, da Constituição da República*. *op. cit.*, p. 133.

carecedora de uma afirmação pelo exercício do poder conforme os próprios preceitos constitucionais, sobretudo pelo cumprimento dos direitos fundamentais[196], e assim se estabelece a relação entre a legalidade e a legitimidade. A função do magistrado deve ser pautada na legalidade, e, ao possibilitar a aferição do exercício da função conforme a legalidade, legitima-se.

Ademais, a função jurisdicional difere das outras existentes no ponto em que encontra esteio não em critérios políticos, mas sim técnicos. Os magistrados não devem se preocupar em agradar a maioria, não tomando em conta se a decisão satisfaz a vontade de certa parcela da sociedade[197]. Diz-se isso inclusive quando da atuação na justiça constitucional.

A “democracia” não constitui apenas por uma participação direta do povo. Na democracia, como já mencionado, a maioria faz as leis e escolhe os governantes, constituindo um governo da maioria[198]. Estes governantes estão comprometidos com as maiorias que os elegeram, retirando a força representativa das minorias. Esta minoria não faz leis e nem elege agentes públicos, políticos e administrativos, tendo que buscar sua proteção às portas do Judiciário[199].

---

[196] BÁNEZ, ANDRES. Poder judicial e democracia política: lições de um século. *Sub Judice: Justiça e sociedade*. n. 19, jul./dez. 2000, p. 19.

[197] NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 60.

[198] Registra-se, apenas por passagem, discussão acerca do governo da maioria.

[199] Neste Sentido assevera EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, ex-Presidente da Corte Constitucional da Colômbia: “Otro argumento que explica la legitimidad de la jurisdicción constitucional es el tema de las minorías. Se há considerado que las mayourías, por su própia condición, tienen el poder suficiente para defender sus derechos e intereses. Em este orden de ideas, la función y la misión de una jurisdicción constitucional es defender a las minorías; a esas personas que no tienem voz y cuyos intereses no son suficientemente mediados por los parlamentos; parlamentos em los cuales normalmente tienen expresióm y suficiente expresión los grupos poderosos de la sociedad. De allí que la jurisdicción constitucional em lugar de oponerse al princípio democrático lo complementa, em el sentido de que enriquece su legitimidad, por que le hace eco, precisamente, a los grupos marginados y olvidados y los integra politicamente.” (O Problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. *Debates: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Konrad Ademauer Stiftung, nº. 20, ano 1999, p. 196-197).

Em havendo um jogo contraditório de interesses dentre os Poderes, o Judiciário é o que não possui, ou menos possui, comprometimento com esses interesses. Daí a importância desse Poder na aplicação do direito e para a construção da democracia efetiva[200].

O Judiciário, ao contrário do que ocorre com os demais Poderes não tem compromissos, vínculos e não tem o dever de agradar a maioria. Seus membros não são transitórios e nem são eleitos diretamente pelo povo, e essa imparcialidade e independência é que o possibilita fazer justiça. O único compromisso do Poder Judiciário é com o direito, com a Constituição, com os direitos fundamentais, com as leis e com os princípios jurídicos[201], e em assim o sendo, é por esse compromisso que o exercício de sua função deve ser clara e aberta, de forma a demonstrar à sociedade que sua atuação é legítima. O dever de promover pela justiça só é possível mediante a transparência de sua atividade[202].

Nesse sentido, a legitimidade do magistrado não é identificável *a priori*. Sua legitimidade não é verificável antes da sua atuação. Um parlamentar tem legitimidade porque foi eleito pelo povo, e qualquer ato dele resultante goza de legitimidade – claro que deve ser respeitado o ordenamento jurídico. O magistrado, sem mencionarmos a legitimidade outorgada pela Constituição, investe-se de legitimidade *a posteriori*, pois será a legalidade de sua decisão

---

[200] J OLIVEIRA JÚNIOR, JOSÉ ALCEBÍADES. Poder Judiciário e Democracia. *Debates: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Konrad Ademauer Stiftung, nº. 20, ano 1999, p. 50. E ainda, ressaltando o papel do Poder Judiciário na concretização da democracia brasileira, assevera WOLF PAUL: "O Judiciário, por vontade da constituinte e em virtude da ideia fundadora inerente na nova Constituição, foi instituído como o órgão da democracia, incumbindo-lhe como tal a defesa da ordem jurídica, a guarda da Constituição e, particularmente, a custódia das liberdades e direitos do cidadão." (Estabilidade constitucional e reforma do Judiciário. Considerações em defesa da "Constituição coragem". *Debates, A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Konrad Ademauer Stiftung, nº. 20, ano 1999, p. 61).

[201] ATALIBA, GERALDO. *op. cit.*, p. 60.

[202] ALMEIDA, FLÁVIO RENATO CORREIA. op. cit., p. 200.

que dará a ele uma legitimidade democrática[203] ao integrar sua subjetividade, sua convicção e mentalidade na missão democrática do Judiciário[204].

A forma que o magistrado tem ao seu dispor para prestar contas à sociedade, às partes e ao tribunal de que sua atuação é legitimamente democrática é externar suas razões de decidir fundamentando a decisão judicial, demonstrando que sua atuação corrobora com a Constituição, com os direitos fundamentais e com as leis, demonstrando que a Justiça foi exercida em nome do povo, e para o povo.

Nesse sentido o dever de fundamentação constitui instrumento de legitimação do Poder Judiciário também num contexto de regime democrático.

3.2.3.1. O Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais como Mecanismo de Legitimação do Poder Judiciário no Regime Democrático

O Estado, que é quem detém o monopólio da jurisdição, deve procurar solucionar os litígios que lhe são apresentados no menor tempo possível, sem dilações indevidas, e em estrita sintonia com o devido processo legal, sobretudo o constitucional[205].

---

[203] PASSOS, J. J. CALMON. A Formação do Convencimento do Magistrado e a Garantia Constitucional da Fundamentação das Decisões. *In:* TUBENCHLAK, JAMES; BUSTAMANTE, RICARDO SILVA (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. vol. 3. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 10.

[204] PAUL, WOLF. *op. cit.*, p. 65.

[205] LEMES, GILSON SOARES. *op. cit.*, p. 32. PAULO NAPOLEÃO NOGUEIRA DA SILVA ensina que “o devido processo legal que hoje integra indissoluvelmente o princípio democrático e sua prática nas mais diversas ordenações estatais, teve ponto de partida com a *Magna Charta Libertatis*, de Junho de 1215, na Inglaterra, cujos postulados continuam hoje tão ativos e atuais como naquela época. Entretanto, se as garantias que tal processo assegurava se voltaram, então, a coibir o arbítrio pessoal do rei, no mundo contemporâneo ocidental – como direito e garantia individual que representa – destinam-se a coibir a atividade do Estado,

O que justifica a legitimidade das decisões no contexto de uma sociedade plural e democrática são as garantias processuais atribuídas às partes, principalmente o contraditório e a ampla defesa, bem como a necessidade de fundamentação das decisões judiciais[206], que se revela como instrumento justificador do Estado.

Isso porque ligada à democracia está a participação da população no exercício do poder. A jurisdição necessita de um procedimento que permita a proteção do direito material, e esse procedimento, por ser a via pela qual o poder estatal é exercido, carece de um meio de legitimação. É a participação do cidadão nesse procedimento que irá propiciar a legitimidade do poder[207].

O fundamento das decisões judiciais leva em consideração o que os magistrados julgam ser mais razoável, tendo em vista uma concepção pública de valores políticos de justiça e razão pública, sempre amparados pela aplicação e sujeição ao direito, permitindo assim o endosso pela sociedade[208]. Quanto mais perto do povo estiver o juiz, mais legítima será a sua atuação[209].

A clareza na linguagem, a transparência no exercício da função jurisdicional, a observância da lei, a adoção de regras claras, são condições, dentre outras tantas, que proporcionam o exercício democrático do Poder Judiciário[210].

Essa necessidade de agir de forma transparente outorga ao dever de fundamentação um papel importantíssimo na legitimação do referido

---

sempre que seus agentes extrapolarem os limites do supracitado princípio" (*Curso de Direito Constitucional*. 3.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 545).

206 OLIVEIRA, MARCELO ANDRADE CATTONI. *op. cit.*, p. 522-523.

207 MARINONI, LUIZ GUILHERME. *op. cit.*, p. 405-406.

208 SOUZA NETO, CLÁUDIO PEREIRA. *op. cit.*, p. 214.

209 BONAVIDES, PAULO. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas considerações sobre o Brasil). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: n. 7, 2003, p. 86.

210 CASANOVA, J. F. SALAZAR. Problemas processuais da falta e da insuficiência da motivação das decisões judiciais. *Boletim Informação & Debate*. Série 3, n. 6, abr. 2002, p. 26.

Poder[211], afinal, aos cidadãos, no Estado Democrático de Direito, não basta assegurar o acesso à jurisdição, mas deve-se assegurar a efetividade material da sua prestação com o resguardo do devido processo legal (inclusive e principalmente o constitucional) e, ainda, a eficácia da decisão judicial[212]. A fundamentação das decisões é manifestação do devido processo legal[213]. O equilíbrio do Poder Judiciário com os demais Poderes decorre da argumentação jurídica lançada na decisão[214].

O dever de fundamentação não decorre tão somente da sua função processual, mas tem hoje, sobretudo, uma função política de legitimação do poder[215]. Enquanto a decisão legislativa (a lei) expressa o resultado do embate parlamentar, a decisão judicial, embora possa ser aprimorada pelo sistema recursal, pode ser prolatada por apenas um juiz[216].

---

211 Vide Acórdãos do Supremo Tribunal Federal Brasileiro: "A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados." (RE 540.995, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 19-2-08, DJE de 2-5-08); "(...) A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes." (HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-10-01, DJ de 23-11-07).

212 ROCHA, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES. *op. cit.*, p. 12.

213 NERY JÚNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 267. UADI LAMMÊGO BULOS, no mesmo sentido, ensina que o princípio da motivação das decisões judiciais é um consectário lógico da cláusula do devido processo legal e mesmo que não tivesse vindo expressa na Constituição, poderia ser extraída do dito princípio. (*Constituição Federal Anotada*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 946).

214 ZANETI JR., HERMES. A teoria da Separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 18, n.º 70, abr./jun. 2010, p. 63.

215 SLAIBI FILHO, NAGIB. *op. cit.*, p. 480 e DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *op. cit*., p. 262.

216 MARINONI, LUIZ GUILHERME. *op. cit.*, p. 104.

A motivação, como destacado anteriormente, irá possibilitar que os destinatários tomem conhecimento das razões que levaram esse único juiz a decidir de determinada forma, em prejuízo de outra. Resultante dessa transparência advém outra importante consequência para o regime democrático, que é o fato de que, ao motivar as decisões, o Poder Judiciário possibilita a realização de controle social.

Assim, ao fundamentar a decisão, o juiz permite que a sociedade, as partes e o tribunal façam um controle sobre a administração da justiça, o que também é um dos elementos do Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário, ao substituir a vontade das partes pela sua vontade institucional, legitima-se através de sua decisão, que por sua vez tem a legitimidade extraída da sua fundamentação[217], não sendo diferente quando analisa a inadequação de determinada lei com a Constituição, pois é da argumentação racional que será extraída a legitimidade daquela intervenção do Poder Judiciário na vontade da maioria[218].

Os questionamentos instados terão na fundamentação sua garantia.

Importante ressaltar, por fim, a necessidade de se assegurar outro princípio como mecanismo de garantir a efetividade da finalidade embutida na fundamentação – de legitimidade do Poder –, que é a publicidade dos atos. Não há como garantir a legitimidade da atuação do Poder Judiciário, através da fundamentação das decisões, se essas decisões não forem públicas[219].

Portanto, nesse contexto da atuação democrática do Judiciário, dois princípios merecem especial destaque: a publicidade da decisão e a fundamentação das decisões judiciais, constituindo princípios e garantias que

---

[217] CAYMMI, PEDRO LEONARDO SUMMERS. *op. cit.*, p. 122.

[218] MARINONI, LUIZ GUILHERME. *op. cit.*, p. 87.

[219] Assevera GILSON SOARES LEMES que no que se refere à estruturação da decisão jurisdicional e sua técnica, temos que os princípios de maior relevância no plano constitucional é a necessidade da fundamentação das decisões e a publicidade dos julgamentos. (*op. cit.*, p. 35).

visam proteger o cidadão e a sociedade, independentemente de qualquer fator diferenciador, protegendo também a pessoa e o ofício do juiz, que personifica a autoridade pública no desempenhar do papel de dizer o direito e de realizar a Justiça com a devida liberdade, independência, imparcialidade e racionalidade; seja na decisão de conflitos de interesses individuais e coletivos; seja na prestação de tutela jurisdicional no caso de violação de direitos objetivos e subjetivos; seja ainda no controle de normas e atos de governo[220].

Logo, a legitimidade democrática do Poder Judiciário baseia-se na aceitação e respeito de suas decisões pelos demais poderes por ele fiscalizados e, principalmente, pela opinião pública, razão pela qual seus pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos[221].

Dito isso, registrados os pontos que esclarecem a indissociabilidade do dever de fundamentação para um Estado Democrático de Direito, passamos à análise do dever de fundamentação das decisões judiciais no âmbito constitucional, priorizando a abordagem nos sistemas português e brasileiro, mas tecendo algumas considerações sobre outras Constituições. Apenas para registrar o que já foi exposto, o dever de fundamentação representa instituto tão importante para o Estado Democrático de Direito que ganhou *status* de norma constitucional em muitas Constituições modernas.

4. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

Antes de adentrar ao tema, apenas reforçamos a ideia de que diante da estrutura escalonada da ordem jurídica, consagrar determinado instituto a nível constitucional impõe obediência de todo o ordenamento jurídico, independentemente da existência de lei ordinária que especifique a matéria.

---

[220] PAUL, WOLF. *op. cit.*, p. 62.

[221] MORAES, ALEXANDRE. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 1378.

4.1. Na Constituição Portuguesa

Feitas as devidas considerações, oportunamente, sobre a evolução história do dever de fundamentação na Constituição portuguesa, passamos à análise dos limites que o comando constitucional impõe no ordenamento português.

A Constituição portuguesa prevê a necessidade que as decisões proferidas pelos tribunais, salvo as de mero expediente, sejam fundamentadas nos termos da lei.

A expressão "tribunais" é utilizada em sentido amplo, não restringindo apenas às decisões proferidas por órgãos colegiados ou de instância superior, mas também s decisões proferidas por juízo monocrático de primeira instância, significando, portanto, "Poder Judiciário".

As decisões que necessitam de fundamentação são aquelas que necessariamente tenham natureza decisória[222]. As decisões de mero expediente são as decisões proferidas pelo magistrado para impulsionar o processo, ou seja, são as que norteiam a marcha processual, e não as que implicam em "julgamento"[223] sobre alguma questão da lide.

Com a devida ressalva acima, o comando constitucional prevê o dever de fundamentação a todas as decisões proferidas por tribunais[224]. Portanto, deve-se estender a interpretação a todos os órgãos que a Constituição dê *status* de tribunal, o que inclusive alcança os tribunais arbitrais[225] [226]. Assim sendo, não se trata de um dever de fundamentação

---

[222] Aqui até poderíamos indagar se o ato que não tem conteúdo decisório poderia ser chamado de decisão.

[223] Sentido amplo do termo, não se referindo a "julgamento" como decisão de mérito e/ou terminativa, mas também as interlocutórias.

[224] JOAQUIM CORREIA GOMES menciona que o termo "tribunais" deve ser interpretado em sentido amplo, incluindo inclusive o Ministério Público como destinatário do comando constitucional (A motivação judicial em processo penal e as garantias constitucionais. *Julgar*. Lisboa: n. 6, set./dez. 2008, p. 79).

[225] MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI. *op. cit.*, p. 69.

imposto apenas ao Judiciário, mas, por ser um elemento chave do Estado Democrático de Direito, é importante que todas as decisões que possam interferir na esfera de interesse das partes, devam ser motivadas.

Outro ponto de relevância acerca dos limites do dever de fundamentação sob a ótica da Constituição portuguesa é que o artigo 205.°, n° 1, dispõe que as decisões serão fundamentadas "na forma prevista na lei". Note-se que o texto constitucional delegou ao legislador ordinário a incumbência de dispor sobre a forma pela qual as decisões serão fundamentadas.

Trata-se, portanto de uma norma que tem aplicabilidade imediata, não necessitando de legislação futura para que seus efeitos devam ser cumpridos, entretanto, prevê meios que permite ao legislador ordinário manter sua eficácia contida em certos limites. Muito embora possibilite tal plausibilidade, o legislador não está legitimado a restringir a plenitude da eficácia do comando constitucional, esvaziando-a normativamente. Há sempre de ser respeitada a vontade do constituinte, assegurado o conteúdo mínimo da norma[227].

Assim sendo, ao analisarmos o dispositivo, temos um comando de aplicabilidade imediata, qual seja, "as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas", sendo autoaplicável e obrigando todos os órgãos cuja Constituição entenda como tribunal, independe de legislação que a complemente. Há ainda a parte que atribui a possibilidade de limitação

---

[226] Muito embora os Tribunais Arbitrais sejam considerados espécie do gênero "tribunais", não podemos considerá-lo como órgão de soberania nem mesmo órgão do Estado (GOMES, JOAQUIM CORREIA. A motivação judicial em processo penal e as garantias constitucionais. *op. cit.*, p. 78).

[227] MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI. *op. cit.*, p. 71, citando entendimento do Tribunal Constitucional Português (Acórdão n° 680/98), ensina que "a evolução do dever de fundamentação na revisão constitucional de 1997 inculca, manifestamente, uma menor margem de liberdade legislativa na conformação concreta do dever de fundamentação". Ver ainda: LOPES, J. J. ALMEIDA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 724.

pelo legislador ordinário, qual seja, “na forma prevista na lei”. Neste aspecto, como mencionado, há a possibilidade do legislador dispor a forma pela qual a fundamentação deverá ser feita, entretanto, não há total liberdade, já que a fundamentação deverá sempre existir.

Temos por conclusão que o dever de fundamentação sob o prisma da Constituição portuguesa encontra-se balizado nas decisões que não sejam de mero expediente, dos órgãos que sejam entendidos como sendo tribunais, e na forma prevista na lei, não sendo possível ao legislador ordinário restringir substancialmente o dever de fundamentação, de forma que a finalidade do comando venha a perecer.

Outra importante consideração e que terá sua relevância evidenciada adiante é que o dispositivo que trata do dever de fundamentação na Constituição portuguesa, artigo 205, n. 1, está localizado no Capítulo I (Princípios Gerais), do Título V (Tribunais), da Parte III, que dispõe sobre a “Organização do Poder Político”. Ou seja, na parte destinada à estruturação do Poder Político, e não no tópico relativo aos direitos fundamentais dos cidadãos portugueses.

4.2. Na Constituição Brasileira

O artigo 93, *caput*, da Constituição brasileira dispõe que: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)”. E seu inciso IX que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Poder-se-ia, então, questionar se no texto constitucional brasileiro o comando que impõe a obrigatoriedade da fundamentação dependeria de Lei

Complementar que lhe atribuísse eficácia, já que o *caput* do artigo estampa um sentido de que a Lei Complementar é que irá dispor sobre o Estatuto da Magistratura.

Contudo, os incisos do mencionado artigo vêm registrar quais os princípios deverão nortear o Estatuto da Magistratura e consequentemente a atividade desenvolvida pela magistratura, sendo certo, que no exercício da função, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário deverão ser fundamentados.

A obrigatoriedade da fundamentação é inserida no contexto constitucional brasileiro como sendo um princípio norteador da atividade jurisdicional, devendo, todos os magistrados, de todos os órgãos do Poder Judiciário, assim agir. Não há margens para interpretações no sentido de que a obrigatoriedade da fundamentação ganharia eficácia com a elaboração, pelo legislador infraconstitucional, da Lei Complementar que dispusesse sobre o Estatuto da Magistratura. Pelo contrário, o postulado serve de princípio básico que norteia o Estatuto da Magistratura.

O *caput* do dispositivo não impõe uma regulamentação do dispositivo. Não há necessidade de se regulamentar o que já está claramente dito pela Constituição, ou seja, que todos das decisões do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade. Aliás, a questão vem a ser dirimida pela própria Constituição, pois, conforme se verá mais adiante, o §1º do artigo 5º prevê que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, independente de lei futura que vá lhe atribuir eficácia[228].

Restringimo-nos neste tópico à análise apenas do tocante ao dever de fundamentação, posto que o mencionado dispositivo contenha outros comandos, como é o caso da publicidade.

---

[228] ALMEIDA, FLÁVIO RENATO CORREIA. *op. cit.*, p. 208.

Nota-se que a Constituição impõe o dever a todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo uma norma que tem eficácia plena, pois não prevê possibilidade de limitação pelo legislador ordinário.

Uma questão que se revela importante é o fato da Constituição portuguesa excetuar a necessidade de fundamentar aquelas decisões de mero expediente, e a Constituição brasileira não fazer qualquer menção a isso.

O sistema processual brasileiro prevê a existência de decisões de mero expediente, que são chamados de despachos, ou despachos de mero expediente. Esses atos não têm cunho decisório – assim como em Portugal –, e são meramente impulsionadores do processo, tanto que deles não cabem recurso[229]. Assim, não é decidida nem discutida qualquer questão relativa ao processo através de despachos, logo, temos que tais atos não mereçam ser fundamentados[230], ao contrário do que ocorre com as decisões interlocutórias (decisões proferidas sobre questões incidentes) e as sentenças[231] [232].

Portanto, quando a Constituição brasileira fala em "todas as decisões", entendemos que a abrangência da imposição constitucional se

---

[229] Nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, despachos são as ordens judiciais que dispõem sobre o andamento do processo. Com eles não se decide incidente algum, mas tão somente se impulsiona o processo. (*op. cit.*, p. 266).

[230] De forma contrária, entendendo que até esses atos de mero expedientes devam ser fundamentados, o Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, assevera: "Se toda decisão judicial há de ser fundamentada, e aqui se fala em decisão, mas penso, que deva estendê-la a qualquer ato judicial. A parte atingida por suas consequências tem o direito de conhecer os motivos, as razões e os fundamentos que conduziram à decisão. Ora, um despacho sem fundamentação não conduz a parte ao conhecimento desses motivos". (STJ – Embargos de Divergência e Recurso Especial n.º159.317/DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Publicação no Diário de Justiça de 26.04.1999, p. 36).

[231] Sentenças no sentido *lato*, significando todas as decisões que esgotam o ofício de julgar do magistrado, seja pela apreciação do mérito da causa, ou pela extinção do processo sem julgamento de mérito, inclusive abarcando tais decisões prolatadas em instâncias superiores quando da apreciação dos recursos.

[232] Neste sentido, por exemplo, a decisão que remete os autos ao contador não necessita de fundamentação (Superior Tribunal de Justiça brasileiro, 3ª Turma, RO em MS 695, Rel. Min. Nilson Naves, Julgamento em 11.12.1990).

restrinja às manifestações judiciais que tenham cunho decisório, e que em assim o sendo, possam causar prejuízo às partes[233].

Quanto à questão dos tribunais arbitrais brasileiros, por ter sido mencionado quando da análise dos limites impostos na Constituição portuguesa, o dever de fundamentação não se dá em razão de comando normativo de natureza constitucional, mas sim por força da lei ordinária referente aos tribunais arbitrais[234]. Não se pode, contudo, excluir a importância do dispositivo constitucional em relação a todos os órgãos cuja função seja solução de conflitos de interesse, pois como já visto, a função da motivação vai muito mais além do que o mero cumprimento da ordem jurídica processual e constitui um direito dos cidadãos que resulta do próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

Mesmo que não houvesse dispositivo de lei infraconstitucional que obrigasse as decisões dos tribunais arbitrais serem fundamentadas, poderíamos extrair tal obrigatoriedade dos princípios e sentidos da atual Constituição, inclusive em razão do já mencionado e justificado o contexto de Estado Democrático de Direito.

Outra questão que é importante considerar é que o dispositivo que trata do assunto na Constituição brasileira (art. 93, IX) está localizado na Seção I (Disposições Gerais), do Capítulo III (Do Poder Judiciário), do Título IV, que trata da Organização dos Poderes. Assim como na Constituição portuguesa, o Legislador Ordinário teve por bem colocar o dispositivo que trata do dever de fundamentação no tópico destinado à organização dos Poderes, mais precisamente no que tange ao Poder Judiciário, e não no local destinado aos direitos e garantias fundamentais.

---

[233] No mesmo sentido: NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 37.

[234] Lei n°. 9.307/1996 – "Art. 26 - São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade".

4.3. Em outras Constituições

Não vamos aqui discorrer de forma tão aprofundada sobre o instituto em outras Constituições, pretendemos, pois, apenas registrar a incidência e a consagração, assim como ocorre com a brasileira e a portuguesa.

A primeira Constituição a qual fazemos referência é a Italiana de 1948, apontada pela doutrina especializada como exemplo no assunto, pois estabelece normas sobre a função jurisdicional do Estado. A mencionada Constituição prescreve em seu artigo 111 que todo provimento jurisdicional deva ser motivado[235].

A Constituição Espanhola de 1978, em seu artigo 120, n° 3, garante que as sentenças serão sempre motivadas e pronunciadas em audiência pública. A própria Constituição prevê uma medida de socorro a possíveis vícios à fundamentação, que é o recurso de amparo proposto perante o Tribunal Constitucional. Isso demonstra que a fundamentação constitui verdadeira garantia à tutela efetiva, constituindo um direito fundamental do cidadão. A Constituição faz menção às sentenças, podendo gerar dúvidas sobre a necessidade de fundamentação das decisões prolatadas no curso do processo, entretanto, chegou-se à conclusão de que todos os provimentos judiciais de cunho decisório devam ser fundamentados[236].

A Constituição Alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn), não prevê um dever geral de fundamentação expresso, faz menção à necessidade de fundamentação tão somente em seu artigo 104, § 3°, no caso de privação preventiva de liberdade, que se refere à garantia da pessoa detida ser conduzida ao juiz, que deverá comunicá-lo os motivos da detenção. Mesmo não havendo previsão expressa, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao

---

[235] Apenas para referência, o Código de Processo Civil italiano impõe no artigo 132 a concisa exposição do desenvolvimento do processo e dos motivos de fato e de direito da decisão.

[236] NAVARRETE, ANTONIO MARIA LORCA. *op. cit.*, p. 258-259.

analisar a questão de não ser exigido fundamentação dos decretos judiciais, entendeu que o princípio não comporta exceção, pois é derivado do Estado de Direito[237]. A obrigatoriedade de fundamentação encontra-se devidamente consagrada na legislação processual alemã[238].

Em França ocorre da mesma maneira. Muito embora não corresponda a preceito constitucional, lá os ordenamentos processuais se incumbiram de salvaguardar a obrigatoriedade (Código de Processo Civil francês, artigo 455), e mais, impera o entendimento de que a fundamentação deriva do Estado de Direito[239].

Por fim, registramos que a Constituição Belga de 1831, consagra o dever de fundamentação no art. 97; e a Constituição Grega de 1968, no art. 117; a Constituição da Colômbia no artigo 1.639; do Haiti no artigo 120; do México do artigo 14; do Peru no artigo 227, dentre tantas outras.

Portanto vimos que o dever de fundamentação alcança *status* de norma constitucional em muitos ordenamentos jurídicos, sem contar os ordenamentos processuais infraconstitucionais que de forma geral consagram o instituto. Contudo, ainda dentro do âmbito de proteção como norma constitucional, o dever de fundamentação estabelece conexão com vários outros princípios constitucionais, seja direta ou indiretamente, razão pela qual passamos a analisar essas relações.

---

[237] MELO, GUSTAVO PROCÓPIO BANDEIRA. *Aspectos Constitucionais da Motivação das Decisões Judiciais*. Lisboa: Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 36.

[238] A regra do §333 do Código de Processo Civil alemão dispõe sobre a forma e conteúdo da sentença, podendo ser claramente verificado a influência do princípio ao ordenar que a sentença deve incluir, na sua estruturação, os fatos (exposição sucinta das pretensões e dos meios de defesa) e os fundamentos jurídicos (resumo das considerações nas quais se baseia a decisão sob o ponto de vista de fato e de direito).

[239] DIAS, RONALDO BRETAS DE CARVALHO. *op. cit.*, p. 294.

4.4. Conexões do Dever de Fundamentação com outros Princípios Constitucionais

Não pretendemos aqui esgotar as conexões que o dever de fundamentação estabelece com outros princípios constitucionais, apenas para esclarecer o leitor sobre o arcabouço principiológico que se reveste o dever de fundamentação, optamos por ressaltar alguns que sejam de fácil constatação. Ademais, a denominação dada aos princípios é típica do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, as relações estabelecem também com os devidos princípios correspondentes nos outros sistemas, a exemplo do português.

Antes ainda de adentrarmos à análise dos princípios, não podemos deixar de registrar a mais importante conexão, que é estabelecida com o Estado Democrático de Direito, contudo, não vamos tecer maiores considerações porque tal abordagem foi objeto de estudo em capítulo apartado, ao qual reportamos para a devida compreensão.

Primeiramente evidencia-se a relação do dever de fundamentação com a imparcialidade do juiz, um dos principais princípios relacionados à função jurisdicional. Diante do monopólio da justiça que o Estado atraiu para si, o juiz é quem representa o Estado nas relações intersubjetivas, atuando e se fazendo sentir na sociedade. Quando o juiz profere uma decisão, deixa persuadir a força que o Estado tem, e este deixa de ser apenas uma ficção legal, distante e impessoal. O leigo vê no juiz a figura máxima de autoridade porque compreende que seu poder não está investido na sua pessoa, nem na sua caneta, mas é fruto de uma projeção do próprio Estado, como provedor de Justiça. É por isso que se requer do juiz uma imparcialidade, possibilitando uma confiança na Justiça[240]. Só será possível constatar a imparcialidade do juiz ao proferir um julgamento se pudermos conhecer das razões que esse juiz se utilizou para formar seu convencimento, pois só pelo exame dos motivos em

---

[240] ALMEIDA, FLÁVIO RENATO CORREIA. *op. cit.*, p. 201.

que se apoia a conclusão, poder-se-á verificar se o julgamento constitui, ou não, o produto da apreciação objetiva da causa, transmitindo a imparcialidade aplicada[241]. A imparcialidade constitui para o julgador atributo necessário, não sendo admitidas dosagens ou qualificações[242].

Nesse sentido, não basta ao juiz ser imparcial, ele tem que demonstrar ser imparcial. Se o julgamento tem como destinatários as partes, a sociedade e o próprio tribunal, estes têm que ter condições de verificar se o julgamento é justo, e por que é justo.

Quando da atividade do magistrado, ao analisar as provas produzidas no processo, impera o princípio do livre convencimento, que tem hoje seu significado moldado a um livre convencimento motivado ou livre convicção motivada. O juiz aprecia livremente as provas, não existindo mais um sistema de pré-tarifamento como o aplicado na Idade Média. E mais, outro princípio relacionado é o da persuasão racional, em que o juiz deve convencer da justiça de sua decisão[243]. Ambos os princípios têm na motivação sua razão de ser.

Outra conexão pode ser verificada com a legalidade da decisão, pois sem conhecer as razões que a inspiraram, impossível saber se ela é ou não fruto da aplicação da lei[244]. Nesse sentido a fundamentação das decisões constitui garantia contra o arbítrio[245].

É de se ressaltar ainda a conexão com o devido processo legal. Para que o cidadão possa sofrer o alcance de uma intervenção estatal através

---

[241] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *op. cit.*, p. 107,

[242] MANZI, JOSÉ ERNESTO. *op. cit.*, p. 61.

[243] Ibdem, p. 54.

[244] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *op. cit.*, p. 107,

[245] PERO, MARIA THEREZA GONÇALVES. *A Motivação da Sentença Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 60.

do processo judicial[246] torna-se necessário que o parâmetro de legalidade seja obedecido[247].

Assim, a fundamentação das decisões judiciais torna-se um consectário lógico da cláusula do devido processo legal. Mesmo que não viesse inscrito expressamente nas Constituições, onde haja preservado o devido processo legal, poderíamos retirar a motivação das decisões como decorrência[248].

No devido processo legal os elementos a que se subordina toda a legalidade do procedimento são as garantias. Essas garantias seriam decorrentes de uma "maxigarantia" (o *due process of law*), que abrangeria as demais, dentre as quais podemos destacar a motivação[249]. Assim, o juiz que cumpre o devido processo legal fundamentando a sua decisão está corroborando com o próprio Estado Democrático de Direito[250.]

Ao fundamentar a decisão, possibilitando o reexame tanto quanto a matéria de direito quanto a de fato, o magistrado possibilita o duplo grau de jurisdição, que propicia maiores oportunidades para que a solução da causa seja ainda mais correta através do apreço por outros magistrados[251], já que a fundamentação tem como finalidade propiciar a efetividade do direito ao recurso[252].

---

[246] Com a devida ressalva ao devido processo legal administrativo.

[247] AGRA, WALBER DE MOURA. *op. cit.*, p. 223.

[248] BULOS, UADI LAMMÊGO. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 542.

[249] LUNARDI, SORAYA REGINA GASPARETTO. *In*: DIMOULIS, DIMITRI (coord.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 113.

[250] O Superior Tribunal de Justiça brasileiro assim decidiu: "A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, sob pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cânone constitucional apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no *due process of law*, representando uma garantia inerente ao Estado de Direito." (STJ – 4ª Turma, ROMS 6465-SP, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 29.10.1.997, D.J.U. 09.12.1.997, p. 64.705).

[251] GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. op. cit., p. 19.

[252] O "duplo grau de jurisdição", como regra geral, outorga a parte um direito a que sua pretensão seja conhecida e julgada por dois juízes distintos, mediante recurso, caso não se

Portanto, em um sistema que assim se consagra, conhecer as razões que justificam aquela decisão é imperioso para possibilitar o manejo do recurso[253], pois torna possível às partes identificar e sugerir a reforma da decisão ao órgão *ad quem*, sanando eventuais equívocos, omissões e vários outros vícios hipoteticamente cometidos pelo juiz ao prolatar a sentença. Nesse sentido estabelece-se um cenário apto ao aprimoramento das decisões judiciais e da própria tutela jurisdicional[254]. Uma decisão, para tornar-se vulnerável e, portanto, passível de ser reformada, deve ser atacada exatamente na sua base, como seja, na fundamentação[255].

Ademais, a fundamentação seria a última manifestação do contraditório, pois o dever de enunciar os motivos da decisão implica levar em consideração os resultados do próprio contraditório e, ao mesmo tempo, demonstrar que o *iter* de formulação do provimento desenvolveu-se à luz da participação dos interessados[256]. Logo, o contraditório não se limita às manifestações das partes, mas também a consideração dessas manifestações por parte dos juízes[257].

Em nada serviria outorgar às partes o conjunto de prerrogativas, poderes e faculdades que constituem o objeto do contraditório se tudo isso

---

conforme com a primeira decisão. Há certa discussão se o princípio do "duplo grau de jurisdição" só seria satisfeito se houvesse uma apreciação do recurso por uma instância superior, entretanto, para o deslinde da questão aqui tratada, entende-se "duplo grau de jurisdição" a possibilidade de reexame da causa por outro julgador diferente daquele que prolatou a decisão recorrida, independente se houve mudança de instância. Contudo, as causas de competência originária do Supremo Tribunal Federal brasileiro constituem exceção ao dito princípio (THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *op. cit.*, p. 33).

253 BONAVIDES, PAULO; MIRANDA, JORGE; AGRA, WALBER DE MOURA. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, em comentários ao art. 93 da Constituição Brasileira, p. 1190.

254 MELLO, ROGÉRIO LICASTRO TORRES. *op. cit.*, p. 184.

255 WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *op. cit.*, p. 111.

256 COLESANTI, VITTORIO. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. *In*: *Rivista di Diritti Processuale*. 30(4). 1975. p. 612, *apud* GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. *A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais*. *op. cit.*, p. 16.

257 MANZI, JOSÉ ERNESTO. *op. cit.*, p. 65.

pudesse ser desprezado pelo juiz no momento da decisão[258], dessa forma, ao invés de um contraditório com implicações materiais, estar-se-ia diante de um contraditório apenas formal ou aparente[259]. A estrutura dialética do processo não se exaure com a participação das partes na formação do contraditório, mas impõe ainda um dever do julgador em fundamentar todas as questões levantadas durante o contraditório no momento da confecção da decisão.

Portanto, o processo atravessa fases em que será exercido o contraditório até chegar à decisão, devendo, em cada uma dessas fases, ser atendidos os requisitos que legitimam o discurso normativo ao final produzido[260].

Repetimos, o contraditório não se esgota na faculdade de ser ouvido e de produzir alegações e provas perante o Tribunal, mas compreende também o direito de ver as alegações e provas produzidas, também pelo sucumbente, examinadas e, além disso, rejeitadas, com argumentos racionalmente e juridicamente convincentes[261].

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, o contraditório deve ser efetivamente entrelaçado com o princípio da fundamentação das decisões[262].

A Constituição Federal brasileira consagra como princípio norteador da administração pública a eficiência[263]. Este postulado deve ser referência na conduta de todo agente público que exerce função em nome do Estado, tal como o magistrado, ao prolatar sua decisão. Nada é mais eficiente do que decidir com base nos melhores preceitos de direito, de justiça, e de apreciação

---

[258] GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. *op. cit.*, p. 19.
[259] MANZI, JOSÉ ERNESTO. *op. cit.*, p. 66.
[260] CAYMMI, PEDRO LEONARDO SUMMERS. *op. cit.*, p. 118-119.
[261] SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA. *op. cit.*, p. 473.
[262] LEAL, ANDRÉ CORDEIRO. *O Contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.
[263] Artigo 37, *caput*, da Constituição brasileira.

das provas, fundamentando de forma racional e coerente o juízo de valor materializado na sentença[264].

E assim podemos associar o dever de motivação com vários outros princípios, a exemplo da segurança jurídica, com o princípio da proporcionalidade (toda intervenção estatal na vida de qualquer pessoa deva ser exclusivamente por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia dos direitos fundamentais[265]), o princípio da igualdade (onde nenhuma das funções estatais pode estabelecer privilégios e discriminações[266], impondo uma igualdade de tratamento[267]), o princípio da congruência (correspondência entre o que foi pedido pelas partes e o que foi decidido[268]), tripartição dos poderes e por fim a indispensável associação com o princípio da publicidade[269].

---

[264] O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasil, decidiu que em "Sendo o serviço judiciário um setor de funcionamento do Estado, como são todos os serviços públicos, distinguindo-se dos demais apenas pela função jurisdicional que realiza, não estando acima das leis, cuja fiel e exata aplicação tem como missão operar, a ele se aplica a norma do artigo 37, §6º, da Carta Magna. Não sendo prestados com eficiência e eficácia os serviços judiciários, tal fato implica a responsabilização do Estado pelos danos causados à parte, decorrente de seu mau funcionamento". Acórdão proferido no julgamento da Apelação cível nº. 139.720/7, em 10.06.1999, Relator Desembargador Monteiro de Barros, publicado no Diário do Judiciário de Minas Gerais em 04.03.2000, p. 1.

[265] VERAS FILHO, RAIMUNDO GOMES. A Garantia Constitucional da motivação das Decisões Judiciais. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*. Edição Especial, 1996, p. 245.

[266] DELGADO, JOSÉ AUGUSTO. A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. *In:* ALMEIDA FILHO, AGASSIZ; CRUZ, DANIELLE ROCHA (coord.). *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 331.

[267] O princípio da igualdade jurisdicional ou igualdade perante o juiz apresenta sob dois prismas: 1- como interdição ao juiz de fazer qualquer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; 2- como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça (SILVA, JOSÉ AFONSO. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 218).

[268] DIAS, RONALDO BRETAS DE CARVALHO. *op. cit.*, p. 98.

[269] A publicidade não é regra absoluta, entretanto, mesmo quando limitada por interesse social ou para preservar a intimidade das partes, a motivação sempre deverá ser externada às partes envolvidas no litígio.

PARTE II

Estrutura, Natureza Jurídica e Vícios de Fundamentação

5. ASPECTOS ESTRUTURANTES DA FUNDAMENTAÇÃO

Analisaremos agora os aspectos estruturais e questões reflexas, a exemplo dos requisitos, da fundamentação de fato e de direito, e da fundamentação implícita, concisa e por remissão.

5.1. Requisitos da Fundamentação

A fundamentação da decisão deve ser expressa, clara, coerente e suficiente[270]. Aliás, a própria Constituição ao exigir uma fundamentação dos atos judiciais, evidentemente, exige uma clareza e precisão, para que assim possa servir de legitimação da atividade do Poder[271].

Diante de uma interpretação sistemática das Constituições, inclusive em razão dos princípios resultantes do Estado Democrático de Direito, não podemos interpretar o comando que prevê o dever de fundamentação como sendo uma imposição simples de fundamentar. A fundamentação dever ser adequada e eficiente, correspondente à eficiência que é exigida da prestação jurisdicional atualmente. Logo, não basta fundamentar, mas sim fundamentar adequadamente e de forma satisfatória a decisão.

---

270 BECLAUTE OLIVEIRA SILVA, *op. cit.*, p. 170).
271 SLAIBI FILHO, NAGIB. *op. cit.*, p. 497.

A fundamentação deve vir expressa, porque constitui função própria do juiz interpretar e aplicar a lei ao caso concreto, sendo inerente a esse mister a necessidade de fazê-lo de forma explícita[272].

Para António Ulisses Cortês, “O direito não existe senão na intersubjetividade e na comunicação. A *autopoiesis* da consciência individual do *decisor* não tem, por si mesma, qualquer relevo jurídico: só terá por referência àquilo que exteriormente se comunica – se perceptível e susceptível de um juízo de valor pelos outros. Daí que a fundamentação jurídica, quando exigida, não possa deixar de ser expressa. Se não fosse expressa não seria jurídica”[273]. Há a possibilidade, como veremos, de ser realizada a motivação por remissão ou implícita, caso em que não será expressa, porém válida.

Ademais, a fundamentação deve ser clara, de forma a atingir sua finalidade interpretativa de forma fácil. Chama-se a atenção para a relatividade da expressão “clareza”, posto que o que pode ser claro para um aplicador do direito, pode não ser para as partes. É necessário que a decisão seja clara tendo por parâmetro o homem-médio, cuja compreensão lhe seja possível. Inclusive tem-se combatido o uso do “juridiquês”, devendo os aplicadores do direito utilizar uma linguagem mais popular, o que não significa informal.

Como afirmado anteriormente, a fundamentação das decisões não é tão somente voltada aos magistrados (de instância superior) e aos advogados, como também às partes e à sociedade no geral, assim sendo, a decisão deve ser clara para todos, de forma a possibilitar a interpretação, entendimento e consentimento[274].

---

[272] TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ. *op. cit.*, p. 18-20.

[273] CORTÊS, ANTÓNIO ULISSES. A Fundamentação das Decisões no Processo Penal. *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Universidade Católica Editora. Volume XI, Tomo 1, 1997, p. 301.

[274] TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ. *op. cit.*, p. 20: “A motivação da sentença deve, igualmente, primar pela clareza, isto é, deve se inteligível de plano, a salvo qualquer entendimento ambíguo ou equívoco”.

Isso é uma condição imposta pela faceta democrática que a fundamentação das decisões representa, evitando que o Poder Judiciário seja um poder hermético, à semelhança das organizações judiciárias primitivas, quando a revelação do direito era um misterioso segredo de sacerdotes[275].

Por isso a noção de clareza exige que a sentença seja inteligível e insuscetível de interpretações ambíguas ou equivocadas, requerendo, assim, o emprego de linguagem simples, afinal, sentença é incompatível com dúvida[276] [277].

A decisão ainda deve ser coerente. A argumentação motivadora deve ocorrer de forma lógica e cronológica, e das premissas ser possível chegar à conclusão, de forma a possibilitar uma fácil compreensão[278]. Deve-se abordar as questões fáticas suscitadas, levantar as questões referentes às provas, sobrelevando os fatos tidos por provados e aqueles cujas provas não foram capazes de firmar convencimento, além de fazer um enquadramento da questão fática no direito, interpretando-o e dizendo qual o direito aplicável àquele caso. Uma decisão que é fundamentada, mas cuja fundamentação não seja coerente, não atende às finalidades a ela empregadas.

Essa coerência relaciona-se com os fatos apurados e com o direito aplicado, com as provas produzidas e as verdades reveladas. Enfim, a fundamentação deve guardar estrita coerência consigo própria, sendo a conclusão alcançada uma consequência lógica daquela argumentação.

A decisão deve ser, portanto, lógica. No desenvolver de seu mister, o magistrado deve pautar-se pelos princípios que regem a elaboração do

---

[275] SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA. *op. cit.*, p. 473.
[276] THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *op. cit.*, p. 576-577.
[277] NAGIB SLAIBI FILHO cita alguns outras exigência que proporcionarão a clareza da decisão, a exemplo do vernáculo oficial (*op. cit.*, p. 499).
[278] THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *op. cit.*, p. 577.

pensamento racional[279]. A parte conclusiva da fundamentação deve corresponder com o que foi cronologicamente auferido, guardando a devida coerência.

Essa cronologia recomenda que cada questão seja discutida em um parágrafo ou em um conjunto de parágrafos, com nítida distinção visual de apresentação[280]. Assim haverá uma coerência lógica que facilitará a compreensão.

Cumpre-nos esclarecer que o Supremo Tribunal Federal brasileiro expôs entendimento de que a Constituição exige que as decisões sejam fundamentadas, mas não que a fundamentação seja correta na solução das questões de fato ou de direito inerentes à causa[281]. Neste caso, muito embora possamos concordar que o comando constitucional de fundamentação foi efetivado, não podemos concordar com a efetividade da prestação jurisdicional, e o sentido de adequada fundamentação. É inerente à função do juiz aplicar o direito de forma correta[282]. Consentir com a possibilidade de aplicação incorreta do direito parece-nos afrontar a verdadeira essência do Judiciário. A fundamentação incorreta não é coerente àquela causa, nem pode ser tida como legítimo fundamento.

---

279 TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ. *op. cit.*, p. 21. No mesmo sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça brasileiro: "Embora não se resuma a puro e abstrato silogismo, a decisão judicial resulta de um exercício lógico, em que premissas e conclusões mantenham vínculos de pertinência e consequência. O dispositivo judicial é um teorema que deve ser demonstrado" (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Especial-SP n. 132349-SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Julgamento 15.09.1998).

280 SLAIBI FILHO, NAGIB. *op. cit.*, p. 482.

281 "(...) O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional." (AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-8-03, DJ de 5-9-03).

282 O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte entendeu quanto a necessidade de que a fundamentação convença "não só as partes interessadas, mas qualquer um, do seu acerto". Logo, a fundamentação tem que demonstrar que ela foi acertada, que a decisão não é fruto de capricho ou posição parcial do juiz. A decisão deve mostrar que aplicou o melhor direito, e que a justiça foi feita naquele caso concreto (TJRN, 2ª Câmara, Apelação n. 99.001746-0, Relator Desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar, Publicado do Diário da Justiça em 05/12/2001).

Por fim, a decisão deve ser suficiente ao ponto de abordar as questões expostas na causa, suficiente em abarcar as questões probatórias instadas, e suficientes em enquadrar a conclusão fática em fundamentos jurídicos, sendo suficiente a cumprir todas as finalidades impostas à fundamentação.

Apenas para registro quanto à amplitude da fundamentação, ou seja, o que ela deve abarcar, devemos considerar que a fundamentação deva corresponder ao exato limite do direito de defesa e do contraditório, sem mais nem menos[283], devendo, portanto, abarcar todas as alegações feitas pelas partes no curso do processo, para que estas sejam expressamente acolhidas ou repelidas[284]. Logo, todos os argumentos e teses arguidas quando do exercício do contraditório e da ampla defesa – aqui englobando as lançadas na inicial – devem ser apreciadas na decisão para que ela tenha a amplitude necessária à sua validade[285].

Há parcela da doutrina que defende a não obrigatoriedade do magistrado analisar e fundamentar todos os argumentos levantados no

---

[283] JOSÉ HENRIQUE LARA FERNANDES assevera que tal motivação poderá ter sua amplitude flexibilizada quando prejudicado por alguma questão que se constitua em antecedente lógico das demais, ou ainda nas hipóteses de presunção legal, como ocorre na revelia (*A Fundamentação das Decisões Judiciais*. *op. cit.*, p. 57-58.).

[284] WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *op. cit.*, p. 324. No mesmo sentido: POLONI, ISMAIR ROBERTO. *Técnica Estrutural da Sentença Criminal: juízo comum e juizado criminal*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2002, p. 130.

[285] Ao contrário, vide a jurisprudência brasileira: “Processual civil. (…) Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. (…) 3. Inexiste violação do art. 353, II, do Código de Processo Civil, quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes (...)” (STJ, Resp 493855/SP, 1.º T, Relª Min. Denise Arruda, J.U. 28.11.2006, publicação 18.12.2006); “Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC. Omissão. Contradição. Inocorrência. 1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. (...)” (STJ, Resp 503621/RJ, 1ª T, Rel. Min Teori Zavascki, J.U. 17.08.2004, publicação 30.08.2004). Inclusive o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconheceu que os juízes estão obrigados a fundamentarem suas decisões, mas não a dar uma resposta detalhada sobre cada argumento invocado pelas partes (Acórdão de 12/09/1994, Caso Ruiz Torija/Espanha), *In*: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Motivação da sentença. *Revista Sub Judice*. Lisboa: Novos Estilos, n. 4. abr./jun. 1995.

processo[286]. Contudo, está claro nosso posicionamento. Se há questões que não são pertinentes à solução da causa, o juiz, para atender o postulado que determina uma adequada e suficiente fundamentação, deve explicar por quais motivos aquelas questões não são pertinentes à causa. Se o juiz faz juízo de valor quanto à pertinência ou não de determinados argumentos no seu consciente, ao ponto de poder considerar irrelevante para o deslinde da causa, deve ele externar esse juízo de valor informando aos destinatários por qual razão aqueles argumentos não são dignos de interferir no resultado da causa. Se é fácil constatar que determinada questão é irrelevante, também é fácil fundamentar a dita irrelevância.

O resultado da decisão deve ser preciso ao apreciar todos os pedidos, se restringindo aos limites destes, mas a fundamentação deve abarcar todos os argumentos que sustentam esses pedidos. Logo, a fundamentação tem uma amplitude maior. Para responder os pleitos das partes é necessário justificar que aqueles argumentos justificam, ou não, os pedidos formulados. Assim o juiz deve julgar os pedidos explicando por quais razões os argumentos vencedores foram suficientes a isso, e porque os sucumbentes não[287].

---

[286] Neste sentido, J LOPES, JOÃO BATISTA. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 56; DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *op. cit.*, p. 242 e SANTOS, NELTON AGNALDO MORAES. *A Técnica de Elaboração da Sentença Cível*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p. 68-69.

[287] Apensar da jurisprudência dominante, a Decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro no Mandado de Segurança n.º 24.268/MG, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Julgamento em 05/02/2004, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, assim dispôs: EMENTA: (...) 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (…); bem como Supremo Tribunal Federal brasileiro, Habeas Corpus n.º 74.073/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento: 20/05/1997, Órgão Julgador: Primeira Turma: ”EMENTA: Habeas Corpus – Acórdãos proferidos em sede de apelação e de embargos de declaração – imputação de roubo duplamente qualificado – decisões que não analisaram os argumentos suscitados

Ademais, a decisão pode ter, ou necessitar ter, vários capítulos, ou seja, uma sentença formalmente una pode ter mais de uma decisão, isso significa que cada decisão contida na sentença corresponde a um capítulo[288].

Nem sempre uma decisão bem fundamentada quer dizer uma decisão justa, ou vice-versa. Às vezes uma justificação apressada e sumária significa que o juiz, ao decidir, estava de tão convencido da excelência da conclusão que julgou ser tempo perdido mostrar a sua evidência, assim como, outras vezes, uma sustentação extensa e cuidadosa pode revelar, no juiz, o desejo de esconder para si e para os outros a perplexidade em que se encontra[289].

Os requisitos da fundamentação vão propiciar que a sentença, como ato processual, possa alcançar o fim a que se destina e, como ato de poder, possa se legitimar[290].

É importante ressaltar que nem todas as decisões exigem o mesmo tipo de fundamentação[291]. Um exemplo claro é citado nos comentários realizados ao artigo 205° da Constituição portuguesa, por Jorge Miranda e Rui Medeiros, que relatam que a fundamentação de um despacho de pronúncia não exige uma fundamentação de tal modo que exponha os motivos determinantes a ensejar a condenação, mas tão somente os indícios que bastam a ensejar a realização do julgamento[292]. Ademais, os mencionados autores tecem relação dizendo que a fundamentação exigível a uma decisão

---

pela defesa do réu – exigência constitucional de motivação dos atos decisórios – inobservância – nulidade do acórdão (...)".

[288] CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. *op. cit.*, p. 464-269.

[289] CALAMANDREI, PIERO. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. *op. cit.*, p. 149.

[290] SLAIBI FILHO, NAGIB, *op. cit.*, p. 499.

[291] ÉZIO LUIZ PEREIRA, menciona que a motivação deve se dar conforme a complexidade do caso em espécie, por exemplo, se o autor renuncia no próprio processo a sua pretensão na qual se funda a ação, ou uma decisão homologatória, não carecerá do mesmo nível de fundamentação exigidos de uma decisão ou um acórdão definitivo, que julga o mérito da causa (*Da Motivação das Decisões Judiciais como Exigibilidade Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Nova Alvorada,1998, p. 28).

[292] MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI. *op. cit.*, p. 72.

interlocutória não é a mesma exigível a uma sentença final[293]. A fundamentação não só diverge em razão da natureza da decisão, mas também em razão dos destinatários e da função que o tribunal exerce[294].

5.2. Fundamentação de Fato e de Direito

Quando nos referimos a fundamentação de fato e de direito restringimos à figura da decisão como sentença – também acórdãos –, posto que a exigibilidade de motivação fática e de direito é aplicável apenas à decisão que julga o mérito da ação. Note-se que pode haver casos em que o juiz deva decidir questões incidentes no processo, como é o caso de um requerimento de liminar. Entretanto essa decisão é prolatada com fundamento em uma verossimilhança, em que a decisão deverá ser fundamentada, indiscutivelmente, mas deverá o juiz se ater às razões que o levaram a firmar seu convencimento, não havendo, por vezes, nesta oportunidade, sequer sido estabelecido o contraditório, a possibilitar a ponderação de teses e provas [295].

---

[293] Ainda sobre a especificidade de cada decisão, dependendo da exigência que lhe é imposta, ressaltamos, por oportuno, a problemática da decisão prolatada pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. O júri, cuja premissa maior é propiciar uma participação popular na administração da justiça, tem suas decisões revertidas de soberania, e julga de acordo com a resposta objetiva dos quesitos. Neste caso, cabe aos jurados a enunciação da decisão (responder objetivamente “sim” ou “não” a cada quesito formulado), não sendo possível motivar especificadamente a razão da decisão de cada quesito (ALBERNAZ, FLÁVIO BOECHAT. O Princípio da Motivação das Decisões do Conselho de Sentença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 5, n.°19, Jul./Set., 1997, p. 127). Entretanto, pela conclusão ao fim da análise de todos os quesitos, chega-se a um conjunto de fatores que de certa forma fundamenta o dispositivo daquela decisão. Ademais, ressaltamos, no caso do direito brasileiro, o cabimento de recurso quando a decisão do júri esteja manifestamente contrária às provas dos autos, o que mais uma vez reforma a razoabilidade da decisão (Há autores brasileiros que defendem que o sistema do tribunal do júri viola o dispositivo constitucional que dispõe sobre o dever das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário serem fundamentadas. Exemplo: ALBERNAZ, FLÁVIO BOECHAT. *op. cit.*, p. 256 e ss).

[294] SILVA, GERMANO MARQUES. *op. cit.*, p. 24.

[295] Fundamentação de fato e de direito seria as razões de ordem jurídica ou de fato, conforme se baseia no Direito ou nas circunstâncias materiais que cercam os fatos, que o juiz utiliza para julgar a causa. (SILVA, DE PLÁCIDO. *Vocabulário Jurídico*. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (atua.). 26ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 643).

Ao julgar, regra geral, o magistrado se depara com os fatos alegados pelas partes, bem como com o direito aplicável ao caso concreto[296]. Para que haja o pronunciamento decisório que põe fim à relação processual, necessário que o magistrado tenha firmado seu convencimento sobre os fatos narrados, sobrelevando os efeitos probatórios apurados quando da instrução processual, bem como esteja certo quanto ao direito aplicável ao caso concreto[297].

Sobre o direito aplicável, o juiz não está adstrito ao invocado pelas partes, até mesmo porque o magistrado deve ser conhecedor da lei, aplicando-a independente de arguição. Ao contrário da matéria de fato, que o magistrado se encontra limitado aos argumentos das partes e as provas produzidas, não podendo decidir *extra*, *ultra*, ou *infra petita*[298].

Daí se extrairia a necessidade, quanto à matéria de direito, de declarar que determinada norma tem o sentido que a ela foi atribuído e que esta norma é válida e aplicável àquele caso, e quanto à matéria de fato, declarar que a ocorrência do fato alegado pela parte está devidamente

---

[296] Constitui a causa de pedir de uma ação os fatos e os argumentos jurídicos que irão justificar os pedidos. Inobstante seja o pedido que delimita a parte decisória da sentença, são os fatos e s fundamentos jurídicos que irão propiciar os pedidos. Se todo direito se origina de fatos, a parte deve demonstrar que aqueles fatos dão sustentáculo ao direito pretendido. (WAMBIER, LUIZ RODRIGUES; ALMEIDA, FÁVIO RENATO CORREIA; TALAMINI, EDUARDO. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. I. 9ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 286-287)

[297] JANSEN, EULER. *op. cit.*, p. 30. Apenas a título ilustrativo, o Tribunal Regional Federal da 1.ª Região do Brasil entendeu que “ao decidir a lide, deve o juiz expender a necessária fundamentação, em que analisará as questões de fato e de direito agitadas no contraditório” (TRF-1.ª Região, Terceira Turma, AC 0128561-2/92-MG, relator: Vicente Leal, data da decisão: 07/12/1992. Fonte: DJ, 04/02/1993, p. 2.194).

[298] A lide é limitada pelo pedido. O juiz não pode ir além dos pedidos (decisão *ultra petita*), nem apreciar aquém (decisão *citra petita*), nem mesmo conhecer pedido que o autor não fez (decisão *extra petita*). (SANTOS, ERNANE FIDÉLIS. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. I. 10ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 178). O Superior Tribunal de Justiça brasileiro decidiu: “Não é nula a sentença quando o juiz, embora sem grande desenvolvimento, deu as especificações dos fatos e a razão de seu convencimento, havendo decidido dentro dos limites em que as partes reclamaram, sem a eiva dos vícios de *extra*, *ultra* ou *citra petita*” (Superior Tribunal de Justiça, Agravo n. 35112-3, Relator Ministro Fontes de Alencar, Julgamento em 29.03.1993).

representada em determinado meio de prova e que este meio de prova é válido e confiável[299].

Não atende o dever de fundamentação discorrer e racionalizar apenas os fatos e fundamentos da tese vencedora. É comum que o magistrado, ao analisar os elementos do processo, fundamente sua decisão apenas, ou predominantemente, nos argumentos e nas provas da tese vencedora. Desta sorte não resta por atendido o efetivo dever constitucional, já que cabe ao juiz também mencionar por que a tese sucumbente não foi digna de ser vencedora[300] [301] [302]. Trata-se, como mencionado, do princípio do contraditório substancial, onde não basta que seja conferida à parte oportunidade de se manifestar nos autos e trazer as provas cuja produção lhe incumbe, é necessário que esses argumentos e essas provas sejam valorados quando da fixação do convencimento do juiz, o que só será provado na fundamentação[303].

---

[299] MARTINS, SAMIR JOSÉ CAETANO. Neoconstitucionalismo e seus Reflexos no Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 44, nov. 2006, p. 115.

[300] SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA. *op. cit.*, p. 469 e ss.

[301] TARUFFO, MICHELE. *La Motivazione della Sentenza Civile*. *op. cit.*, p. 461. – "Como a justificação vem instruída pelo juízo prévio de convencimento, é natural que na estrutura da motivação não entrem só componentes cognitivos ou lógicos, mas também fatores valorativos de escolha". O mesmo autor menciona que "Ainda que de forma não controlável, aplicam-se as *rules of guidance*, segundo as quais se formulam as escolhas, a partir de valores legais e metajurídicos, e as *rules of justification*, pelas quais a escolha vem motivada" (p. 279).

[302] No direito português, o Tribunal Constitucional entendeu, relativo à fundamentação dos fatos "não provados" que a ausência de motivação violaria o comando constitucional (Acórdão n. 310/94 do Tribunal Constitucional, de 24/03/1994 (Fernando Alves Correia). B.M.J. n. 463-179), reconhecendo mais tarde que não (Acórdão n. 56/97 do Tribunal Constitucional, de 23/01/1997 (Maria de Assunção Esteves) B.M.J. n. 435-475). Contudo, ambos os julgados mencionados ocorreram antes da implementação do dever geral de fundamentação com a revisão constitucional de 1997. Após, ratificou-se a exigência de fundamentação inclusive quanto aos fatos "não provados".

[303] DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARLO; OLIVEIRA, RAFAEL. *op. cit.*, p. 266.

É ainda na fundamentação que o magistrado soluciona as questões incidentais, ou seja, aquelas que se faz necessário solucionar antes de abordar a questão principal[304].

Não é necessário que o magistrado faça dois capítulos na fundamentação; um quanto às matérias de fato e outro quanto às matérias de direito. Basta, para uma adequada fundamentação, que o magistrado aborde as questões fáticas e jurídicas que o levou a firmar seu convencimento.

Mencionamos ainda a hipótese de determinadas causas se restringirem a matéria puramente de direito, e não fática, como é o caso de uma ação de inconstitucionalidade de determinado dispositivo de lei ordinária. Assim sendo, é claro que não há matéria fática ao qual o magistrado deva se apegar para decidir, se restringindo a abordar as questões de direito em sua fundamentação.

5.2.1. Fundamentação de Fato

Cabe às partes, ao exporem suas teses no processo, lançar os fatos e fundamentos que justificam seus pedidos. Portanto, na busca pela solução do conflito de interesse o magistrado deve ponderar os fatos narrados, as teses arguidas, de forma a firmar seu convencimento, pautado sempre na busca pela verdade[305].

Não se pretende aqui abordar a questão sobre a busca pela verdade real, haja vista fugir do objeto de estudo. Mas podemos afirmar que o juiz, ao julgar a causa, deve sempre buscar alcançar a verdade fática.

---

[304] Ibidem, p. 265.

[305] Sobre a fundamentação de fato nas causas penais, segundo o ordenamento português, vide: ABREU, CARLOS PINTO. Do dever de fundamentação das decisões judiciais penais em matéria de facto. *Revista Jurídica*. Lisboa: Nova Série, n. 23, nov. 1999, p. 367-379; Sobre a fundamentação de fato nas causas de competência do Tribunal Constitucional, vide: AINIS, MICHELE. La motivazione in fatto della sentenza costituzionale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: anno 48, n. 1, mar. 1994, p. 37-67.

Quando do apreço sobre essas questões fáticas, não basta o magistrado analisar as premissas isoladamente, e concluir pelo que lhe é mais convincente. Na busca da verdade o magistrado encontra-se limitado às provas contidas dos autos. Cabe à parte provar o alegado. Sendo assim, só será tido por "verdade" aquilo que se encontra provado[306].

Ao realizar a motivação de fato o magistrado deverá expor os fatos narrados pelas partes, conflitar com as provas produzidas, concluindo pela "verdade" quanto à matéria fática revelada no processo[307]. Ademais, não basta ao juiz abordar tão somente a tese que lhe parece procedente, e que fixou seu posicionamento, mas deve também expor por que a tese sucumbente não logrou êxito face da vencedora[308]. Quais foram os pontos que sobrelevaram aos outros. Em uma linguagem mais simples, o juiz deverá dizer na fundamentação de fato por que a tese "A" é mais convincente que a tese "B".

---

[306] Ressalvados os casos de revelia, onde são tidos por verdadeiros os fatos alegados na inicial, mediante a ausência de contestação do réu. Essa presunção de veracidade não é absoluta. Ademais, o processo penal utiliza uma flexibilização dessa restrição do magistrado à "verdade processual".

[307] Contudo, hoje há uma tendência a desprezar as questões fáticas e priorizar as questões de direito. Hoje não se discute os fatos, se discute o direito. "Em tempos, quando as sentenças das antigas "Cortes" francesas eram impugnáveis por erro de facto mas não por erro de direito, a maior habilidade dos advogados era a que consistia em mascarar qualquer dúvida jurídica em questão de facto. Hoje, dá-se o contrário com os advogados que pleiteiam nos tribunais de revista, os quais, para poderem recorrer das sentenças dos tribunais de apelação, apenas atacáveis por violação da lei, nas mais modestas e concretas circunstâncias de facto acham pretextos para dissertar de *apicibus juris*" (CALAMANDREI, PIERO. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. *op. cit.*, p.138-139). É o que ocorre exatamente hoje, pois os tribunais superiores não são competentes para discutir questões fáticas, mas apenas de direito. Assim, o juiz ao apreciar a causa, bem como os advogados ao exercerem o contraditório, participando da formação do convencimento, acabam pro priorizar as questões de direito, já pensando em levar a matéria para discussão nos tribunais superiores, esquecendo de enquadrar devidamente as questões fáticas. Esquecem que as questões de direito só são devidas àqueles fatos. O direito se aplica em relação ao fato, extraindo a interpretação devida.

[308] O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro já entendeu ser incompleta a motivação, ainda quando se decide só com base nos argumentos de uma das partes, silenciando quanto aos argumentos da outra parte, ou se decide a partir de parecer jurídico apresentado por uma das partes, onde não são apreciados os contra-argumentos (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp, n° 15288-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, v.u., j. 10/2/1993, DJU de 15/3/1993, p.m 3.784). vide ainda: SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Lisboa: Editora Lex, 1997, p. 348.

Ademais deve-se fazer o confronto das provas com cada fato isoladamente, ponderando o valor de cada uma para determinado fato. Se o magistrado entender que determinado fato está provado mediante a análise do conjunto probatório existente nos autos, deverá este, através da argumentação na decisão, mencionar, valorar, especificar que aquele fato está provado, externando sua convicção segundo aquelas provas que foram conclusivas, e ressaltando a fragilidade de outras que eventualmente tenham afirmado o contrário[309].

O magistrado, nos dias atuais, encontra-se livre para apreciar as provas, não havendo mais hierarquia objetiva de elementos probatórios que outrora se impunha. Nesse âmbito de liberdade de atuação, onde inclusive lhe é facultado desprezar eventuais provas, foi necessário criar mecanismos de controle, como é o caso da fundamentação da decisão, que desempenha papel de freio contra abusos do poder. Esse sistema de controle pode ser definido como a afirmação de que a "liberdade de apreciação das provas é diretamente proporcional à vinculação do magistrado à fundamentação do julgado". Quanto maior a liberdade de apreciação das provas, maior relevância investe a fundamentação[310]. Assim vigora o princípio do livre convencimento motivado na sistemática de ponderação das provas produzidas no processo[311].

---

[309] SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA. *op. cit.*, p. 348.

[310] MELLO, ROGÉRIO LICASTRO TORRES. *op. cit.*, p.184.

[311] Nas palavras de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, "O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno iure* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável ao caso concreto" (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 391).

5.2.2. Fundamentação de Direito

Não basta ao magistrado justificar os fatos que serviram de sustentáculo para sua decisão. Cabe ao juiz pronunciar o direito aplicável àquele fato.

A própria etimologia da expressão jurisdição já prevê que a natureza base do exercício da função é dizer o direito (do latim *juris* – direito – mais *dicere* – dizer –). Se o Estado é de Direito, as decisões devem ser tomadas com base no direito, não um direito obscuro e subjetivo do magistrado, mas um direito que a sociedade e as partes possam analisar e controlar a aplicação. Cabe ao magistrado mencionar de forma expressa quais são os fundamentos jurídicos que fazem com que a tese "A" deva prevalecer sobre a tese "B".

É importante registrar que o direito aplicável é diretamente relacionado à análise dos fatos. Dada a tipicidade dos casos concretos, para promover justiça, é necessária a análise adequada dos fatos para a aplicação do direito. O fenômeno da massificação do processo, hoje, impõe uma estatização dos fatos para uma aplicação reiterada do direito. Já não existe mais caso concreto, nem a utilização do jargão "cada caso é um caso". Hoje, os juízes já não exercem um juízo de valor efetivo sobre as questões fáticas para apreciar devidamente os direitos invocados pelas partes. Há, portanto, em cada juízo, em cada comarca, em cada juiz, uma espécie de fórmula matemática que diz, para tal fato e todos os reflexamente derivados, aplica-se esse direito, e assim se vão os processos[312].

---

[312] PIERO CALAMANDREI, em sua obra "Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados", traça curiosa comparação entre o profissional do direito e um médico, diz ele: "Era uma vez um médico, que ai ser chamado à cabeceira de um doente, em vez de o auscultar e observar pacientemente para diagnosticar o mal, se punha a declamar algumas das suas dissertações filosóficas sobre a origem metafísica da doença, o que, em seu entender, tronava supérflua a auscultação do paciente ou a contagem das pulsações. A família, que de volta da cama esperava o diagnóstico, ficava atómica com tal sapiência e o doente, passado pouco tempo... morria." Assim, o juiz que se preocupa com o direito, sem fazer uma devida ponderação se aquele direito se aplica àquele caso, se os fatos podem convolar naquela aplicação do direito,

O juiz não está restrito às alegações de direito instadas na causa, pode o magistrado conhecer do direito inclusive *ex officio*, posto que cabe a ele conhecer a lei, e aplicá-la ao caso concreto[313]. Tal permissão é de extrema importância para o Estado de Direito, mas talvez seja essa liberdade que faz com que a prestação jurisdicional hodierna seja tão engessada. Não há mais reflexão sobre os argumentos jurídicos das partes. O Juiz desconsidera a análise do direito invocado, da apreciação daqueles fatos segundo determinada interpretação do direito, para se utilizar de seus conceitos já estabelecidos.

Daí quando o magistrado opta por determinado fundamento jurídico distinto daqueles alegados pelas partes deverá justificar sua opção, explicando o porquê da rejeição daqueles fundamentos jurídicos invocados. Sempre o direito invocado pelas partes, inclusive com a interpretação proposta, deverá ser objeto de ponderações na decisão judicial, seja para justificar determinado acolhimento, ou rejeição, tanto os da parte vencedora, quanto os da sucumbente. Só assim haverá resposta sobre a legalidade e justiça da decisão, atendendo às finalidades as quais a fundamentação representa, inclusive a de convencimento.

Por ser considerada fonte de direito, é comum que o magistrado não se utilize apenas da fonte primária do direito (a lei nos países da *civil law*), mas utilize também da jurisprudência e da doutrina para fundamentar suas decisões[314]. Tal fato auxilia o ponto de vista do magistrado, fortificando a fundamentação e tornando o texto mais acessível[315]. Entretanto, não constitui

---

pode cometer o mesmo erro do médico. (*Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. *op. cit.*, p.134).

[313] A respeito: DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARLO; OLIVEIRA, RAFAEL. *op. cit.*, p. 268: "Por se tratar de questões de direito, é possível que delas o julgador conheça até mesmo *ex officio*. Assim, pode ele, por exemplo, dar a situação fática narrada da demanda (e comprovada nos autos) qualificação jurídica diversa daquela proposta pelo autor".

[314] Diz-se isso em relação aos países de *civil law*.

[315] JANSEN, EULER. *op. cit.*, p. 35. Menciona ainda o autor: "A inserção de depoimentos de testemunhas, além de referências legais, jurisprudenciais e doutrinárias, não apenas servem para robustecer o posicionamento do julgador, mas também para denotar o esmero da

uma boa decisão a fundamentação respaldada tão somente em doutrina e jurisprudência[316]. É necessário que o magistrado chegue a uma decisão através de pensamentos próprios[317] e que constituam uma argumentação racional motivadora da causa em espécie.

Surge, porém, um problema instado na teoria da argumentação das decisões judiciais. A lei, muitas vezes comporta mais de uma compreensão ou interpretação, e o fato do juiz afirmar que julga de determinado modo porque aquele é o sentido extraído da norma aplicada, acaba por não fornecer fundamento suficientemente válido a alcançar as finalidades que se espera da fundamentação[318].

Se toda decisão pressupõe uma discrição do magistrado entre a escolha de normas e de alternativas impostas na norma. Se o magistrado apenas esclarece a vontade da lei, não estaria decidindo entre as alternativas, mas apenas julgando objetivamente, à moda antiga, sendo apenas a "boca da lei". Assim, a atividade estatal estaria mecanizada e não satisfaria as expectativas da sociedade, incluindo as partes[319].

Nesse sentido, para ocorrer a devida fundamentação entre as várias hipóteses propostas pela norma legal, deveria o magistrado responder na decisão qual o sentido a que ele dera preferência, e por que, além de

---

decisão e, numa função pouco percebida pela maioria, para minimizar os efeitos acima referidos, tornando o texto do *decisum* mais agradável aos olhos" (p. 36).

[316] Nas palavras de ISMAIR ROBERTO POLONI, "Cada caso é um caso e deve ser apreciado isoladamente pelo Juiz, sem transformar a doutrina e a jurisprudência, com exclusividade, em sua fundamentação" (*Técnica estrutural da sentença cível, juízo comum e juizado especial*. Campinas: Editora Bookseller, 2000, p. 67).

[317] REIS, EURICO JOSÉ MARQUES. O Dever de Motivação da Decisão Quando à Matéria de Facto: Realidade e Ficções, Breves comentários. *In:* RANGEL, RUI MANUEL DE FREITAS (coord.). *Direito Processual Civil, Estudos sobre Temas do Processo Civil*. Lisboa: SFN Editores, 2001, p. 122.

[318] SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA. *op. cit.*, p. 466.

[319] Idem.

mencionar expressamente por quais razões rejeitou as demais interpretações possíveis daquela lei (ou norma)[320].

Uma questão que insurge no Brasil atualmente é a respeito da fundamentação de direito com base em alusão a súmula, inclusive à vinculante. Tal hipótese é aceitável, entretanto, o magistrado deverá justificar previamente que a matéria em apreço se enquadra na hipótese sobre a qual versa a súmula[321].

Neste caso o magistrado deverá demonstrar que a súmula é aplicável àquele caso em concreto, mencionar qual o sentido e alcance de aplicação da súmula e que o entendimento constante desta ainda continua prevalecendo (quando se tratar de súmula antiga). Enfim, o juiz deve fundamentar inclusive o cabimento daquela súmula àquele caso[322].

Outro ponto que desperta interesse é sobre a necessidade do juiz fazer constar quais dispositivos legais foram determinantes para a formação do seu pensamento, ou seja, estaria o juiz, para efetivar uma adequada fundamentação, obrigado a consignar quais os dispositivos legais foram considerados para a formação daquele posicionamento estampado na decisão?

---

[320] Ibidem, p. 467.

[321] A respeito: DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARLO; OLIVEIRA, RAFAEL. *op. cit.*, p. 269-270: “Com a possibilidade de edição, pelo STF, de “súmula vinculante” em matéria constitucional (conforme art. 103-A da CF, acrescentado pela EC 45/2004 e regulamentado pela Lei Federal n. 11.417/2006), parece ser lícito ao magistrado, simplesmente, fazer alusão à súmula, quando da análise da questão de direito, mas deverá, antes, demonstrar se e de que modo a situação concreta que lhe é posta para julgamento se encaixa na hipótese sobre a qual versa a referida súmula. Aliás, como dispõe o Regimento Interno do STF, a citação de qualquer enunciado da “sumula”, pelo número correspondente, “dispensará, perante o Tribunal, a referencia a outros julgados no mesmo sentido” (102, §4°)”.

[322] TALAMINI, EDUARDO. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista do Advogado*. São Paulo: n. 48, jul. 1996, p. 35.

Antes de expressar posicionamento, convém asseverar que a jurisprudência brasileira entende que não há essa necessidade[323].

Muito embora o entendimento jurisprudencial, se o Estado é de Direito, se a principal fonte do direito é a lei, se o juiz deve fundamentar quanto aos aspectos de direito, se o juiz deve prestar contas às partes, a sociedade e aos tribunais de que administra a justiça e exerce sua função pautado na legalidade, se deve ser conhecedor das leis, deve sim demonstrar de qual diploma legal e qual norma legal embasa o seu posicionamento.

O juiz tem o dever de demonstrar às partes que o direito posto não agasalha suas pretensões, tanto da autora quanto da ré, dependendo do caso, demonstrando que o direito pátrio, através da lei, fonte primária do ordenamento jurídico, leva àquela conclusão lançada na sentença[324].

Reforça-se, se é o direito, a lei (fonte primária daquele ordenamento), que dará base à resolução daquele conflito de interesse, definindo quem deverá ter seus interesses sacrificados no caso concreto[325], é necessário demonstrar onde está aquele comando legal que convole naquele entendimento.

Ou mais, se não há dispositivo expresso que possa fundamentar a decisão, tendo o magistrado se utilizado das demais fontes do direito, como a

---

[323] "A indicação dos dispositivos legais não constitui requisito essencial da sentença que, mesmo não apontando qualquer regra jurídica, pode analisar e resolver as questões inerentes ao julgamento da causa, não devendo, por isso, ser declarada nula por violação do disposto no art. 458 do CPC"(TJPR, 6ª Câmara, Apelação Cível n. 81.458-4, Relator Desembargador Accácio Cambi, Julgamento 22/12/1999); ""Mandado de Segurança – Objetivo – Ato de Juiz de Direito – Concessão de Liminar suspendendo mensagem publicitárias – Alegação de não fundamentação – Ausência de citação do dispositivo constitucional autorizador da medida – Inadmissibilidade – Decisão fundamentada – Desnecessária citação de dispositivos constitucionais – Liberdade de expressão e informação garantida, tanto como a inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas – Ordem denegada" (TJSP, Mandado de Segurança n. 213.144-1, Relator Desembargador Barreto Fonseca, Julgamento em 24/02/1994).

[324] NERY JÚNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. *op. cit.*, p. 391, em comentário ao artigo 131 do Código de Processo Civil brasileiro.

[325] OTERO, PAULO. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. vol. I. 1º. Tomo. Lisboa: 1998, p. 102.

analogia, jurisprudência, costumes, e outros, impera ainda mais forte uma necessidade de devida motivação, externando as razões de decidir e justificando a não adoção do direito positivado naquele caso concreto, inclusive fazendo menção expressa à ausência de comando legal que regulamente aquele fato.

Portanto, entendemos que o juiz, para fundamentar adequadamente o direito aplicado à lide, deve demonstrar expressamente qual o dispositivo legal embasou sua decisão, ou, caso não tenha sido aplicado nenhum dispositivo de lei, as razões desse posicionamento.

5.3. Fundamentação por Remissão, Implícita e Concisa

Muito embora a fundamentação deva ser expressa, clara, coerente e suficiente, como já ressaltado, são admitidas algumas espécies "atípicas" de fundamentação, a exemplo da por remissão, implícita e concisa.

5.3.1. Fundamentação por Remissão ou *Per Relationem*

A fundamentação *per relationem* é o meio pelo qual o juiz se utiliza de remissão ou referência a decisões, alegações das partes, ou pareceres, para fundamentar sua decisão, desde que estas estejam nos autos do mesmo processo. Ou seja, para configurar a motivação *per relationem* o conteúdo ao qual se reporta deve estar contido nos autos do mesmo processo no qual a decisão que remete é proferida[326].

O Supremo Tribunal Federal brasileiro entendeu que a fundamentação *per relationem* não ofende a garantia constitucional de dever

---

[326] ZAVARIZE, ROGÉRIO BELLENTANI. *op. cit.*, p. 106.

de fundamentação, desde que o ato ao qual se reporta esteja devidamente fundamentado (fundamentos de fato e de direito)[327].

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro já entendeu também que o ato ao qual se reporta deve ser integralmente transcrito na decisão, caso contrário, haveria vício de fundamentação[328]. Tal requisito não nos parece necessário, à luz da economia processual.

Podemos mencionar três requisitos para a admissibilidade da fundamentação *per relatione*, são eles: 1) quando não tenha sido suscitado fato ou argumento novo à causa, após a decisão que se reporta; 2) a peça ao qual se reporta esteja devidamente fundamentada; 3) a peça a qual se reporta esteja nos autos do processo em que a decisão é prolatada, de forma que possibilite acesso de todos[329]. Deve-se justificar ainda a opção por aquela remissão.

Entretanto, apenas para constar, parece ter se tornado praxe nos tribunais brasileiros o julgamento por ementa, em que o relator do feito sugere

---

[327] Vide a exemplo os seguintes entendimentos: "...Fundamentação *per relationem* do acórdão recorrido. - Inexistência de ofensa ao artigo 93, IX, da Constituição Federal..." (RE 172292, Relator(a): Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 05/06/2001, DJ 10-08-2001 P. 17); "... O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em seu magistério jurisprudencial, a propósito da motivação *per relationem*, que inocorre ausência de fundamentação, quando o ato decisório - o acórdão, inclusive - reporta-se, expressamente, a manifestações ou a peças processuais outras, mesmo as produzidas pelo Ministério Público, desde que nestas se achem expostos os motivos, de fato ou de direito, justificadores da decisão judicial proferida... (HC 69438, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 16/03/1993, DJ 24-11-2006 P. 75); "... A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de reconhecer a plena validade constitucional da motivação *per relationem*. Em consequência, o acórdão do Tribunal, ao adotar os fundamentos de ordem fático-jurídica mencionados nas contra-razões recursais da Promotoria de Justiça - e ao invocá-los como expressa razão de decidir - revela-se fiel à exigência jurídico-constitucional de motivação que se impõe ao Poder Judiciário na formulação de seus atos decisórios..." (HC 72009, Relator(a): Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 06/12/1994, DJ 01-12-2006 P. 76).

[328] Superior Tribunal de Justiça, REsp 131290/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgamento em 23/11/2004, Data da Publicação: DJ 21/02/2005 p. 117: "Viola o art. 458, I e II, do CPC acórdão no qual haja mera declaração de que o relatório e os fundamentos são os constantes de parecer do Ministério Público, porquanto a necessidade de motivação das decisões judiciais é garantia oferecida às partes, elegidas como modelo de política judiciária sustentada pelo Estado Democrático de Direito".

[329] DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARLO; OLIVEIRA, RAFAEL. *op. cit.*, p. 272.

a votação do resumo da decisão por ele produzido, limitando-se a proceder à leitura da simples ementa, que vem a ser submetida a julgamento pelos demais magistrados. Assim, prevalece o voto do relator, já que os demais julgadores o acompanham, revelando uma espécie de decisão monocrática conquanto se trate de órgão colegiado[330]. Os demais magistrados reportam à decisão do relator sem conhecê-la[331].

Não há qualquer problema na remissão à decisão do relator, desde que aquele julgador conheça a decisão ao qual remete suas razões. Remeter à decisão do relator sem a conhecer, viola o dever de fundamentação, e mais, viola o próprio exercício da jurisdição.

Já registramos e voltamos a ressaltar, a celeridade processual é de extrema importância para a pacificação social e a efetividade da justiça, mas não pode ser primada a qualquer custo.

A parte submete a causa a um órgão colegiado pautada na premissa de que um corpo maior de magistrados deveria analisar seus argumentos e ponderar suas questões de forma mais justa. Um consenso sobre o julgamento da causa garante uma melhor aplicação do direito.

Na citada prática, a obrigatoriedade da fundamentação judicial poderia, por hipótese, num primeiro momento, parecer estar sendo cumprida, posto que, se o voto do relator está devidamente fundamentado, a remissão às razões do voto não gera nenhum vício de fundamentação. Entretanto, nesse caso de voto por ementa, o julgador que acompanha o voto do relator não tem conhecimento das razões da decisão, mas tão somente da ementa, do resultado, o que faz com que a remissão àquelas razões desconhecidas não

---

[330] HABIB, SÉRGIO. O Julgamento por Ementa nos Tribunais e o Princípio da Obrigatoriedade de Fundamentação das Decisões Judiciais. *Revista Jurídica Consulex*. ano XII, n. 274, 15 de jun. 2008, p. 66.

[331] Tendem a aderir o citado posicionamento aqueles que se apegam ao número de processos para excluir a possibilidade de análise detalhada de cada um deles.

corrobore com o dever de julgar daqueles magistrados[332]. Remete-se a algo que não se conhece, e assim poderíamos falar até em vício no julgamento por falta de decoro dos magistrados. A decisão desse magistrado só tem dispositivo, já que ele não se utilizou, nem conhece, a fundamentação do voto do relator.

Neste sentido a fundamentação por remissão é possível, desde que atendidos os requisitos necessários.

5.3.2. Fundamentação Implícita

Outro aspecto que pode a princípio parecer uma violação ao dever de fundamentação é a motivação implícita. A motivação implícita não implica em ausência de fundamentação[333], mas tão somente a ausência de fundamentação expressa sobre determinada questão, a exemplo de quando o juiz, ao decidir, não aborda uma premissa subsidiária, por já tê-lo feito com uma premissa principal. Assim, o acolhimento, ou rejeição a uma questão, deixa implícita a consequência da outra[334]. Seria uma espécie de dispensa de fundamentação por decorrência lógica.

Exemplo: A parte autora demanda judicialmente alegando que sofreu cobrança por uma dívida que não lhe pertencia, tendo pago indevidamente o débito. Pleiteia que o juiz reconheça a impertinência da cobrança e caso assim o faça, que condene a ré a restituir em dobro o valor pago indevidamente. Caso o juiz reconheça na sentença que a dívida era pertinente e que a cobrança era devida, não há necessidade de justificar a

---

[332] HABIB, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 66.

[333] Inadmitindo a existência de fundamentação implícita: SLAIBI FILHO, NAGIB; SÁ, ROMAR NAVARRO. *Sentença Cível (Fundamentos & Técnica)*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 09; BULOS, UADI LAMMÊGO. Curso de Direito Constitucional. *op. cit.*, p. 542.

[334] Não se trata de fundamentação ficta ou fictícia, fictícia é um vício da decisão, posto que "é aquela que apresenta justificativa, mas não reproduz as razões reais de decidir, dissimulando aquelas que deveriam ser as razões em coerência com a específica natureza das questões decididas" (NETO, DIÓGENES M. GONÇALVES. *op. cit.*, p. 50).

negativa do pedido de restituição em dobro, já que implicitamente já fora feito. Se não há pagamento indevido, não há o que se falar em restituição em dobro.

A grande questão que se coloca aqui é diferenciar as decisões implícitas da fundamentação insuficiente. É importante considerar que só haverá fundamentação implícita quanto a questões secundárias, que só se justificam em razão de uma principal. Se houver uma devida fundamentação quanto à principal, extinguindo aquela possibilidade, não há o que se falar nas questões secundárias, pois restam por prejudicadas. Impera a máxima de que se não há principal não há acessórios.

Entretanto, pode uma questão principal ser acolhida, e uma secundária negada, ou acolhida. Neste caso, ambas carecem de fundamentação. Não há nada implícito nesse caso. Por exemplo: tomamos novamente o referido caso de pagamento indevido. Se o juiz reconhece que o pagamento é indevido, deve ele justificar a restituição em dobro, pois, por hipótese, a parte poderia ter direito a uma restituição do valor pago, mas não em dobro, ou até mesmo não ter direito a uma restituição. Não podemos dizer que ficou implicitamente motivado o direito à restituição em dobro tão somente pelo fato de ter sido reconhecido o pagamento indevido.

Outro exemplo de fundamentação implícita válida é o caso de teses contrapostas, cujo acolhimento motivado de uma deixa por implícito a rejeição da outra. Este caso não se aplica a questões fáticas cuja argumentação incida sobre vertentes diferentes, cuja hipótese necessitaria da demonstração das razões que levou ao convencimento pelo acolhimento de determinada tese, e ainda nas razões que impossibilitaram o magistrado a concluir em favor da outra. Trata-se, na verdade, de objetos idênticos, cujas teses é que sejam contrapostas, a exemplo de uma ação que se discuta a inconstitucionalidade de determinado dispositivo de lei, onde uma parte alega a constitucionalidade,

e a outra a inconstitucionalidade. O acolhimento, pelo magistrado de uma das teses, de forma fundamentada, acaba por rechaçar implicitamente a outra[335].

5.3.3. Fundamentação Concisa

Por fim analisamos a motivação concisa. Não se trata de ausência de fundamentação, mas apenas de uma fundamentação exposta em poucas palavras, de forma breve, sucinta. Muito embora a fundamentação seja feita de forma breve, deve atender às finalidades e aos requisitos da fundamentação, sendo capaz de externar de forma clara, expressa, coerente e suficiente as razões que levou o juiz a decidir[336]. A fundamentação concisa, assim, não se confunde com a ausência de fundamentação[337].

O Supremo Tribunal Federal brasileiro decidiu que a decisão que utiliza como fundamento a indicação de súmula encontra-se devidamente motivada[338].

---

[335] Neste caso até poderíamos entender que não há fundamentação implícita, já que não há duas questões a serem abordadas.

[336] Julgado do Tribunal Regional Federal da 2.ª Região/Brasil: "A forma concisa da sentença extintiva do processo sem julgamento do mérito, autorizada no artigo 459 do CPC, não dispensa a necessidade de fundamentação, mesmo que resumida, desde que permita o conhecimento do raciocínio do condutor da decisão" (TRF-2.ª Região, Segunda Turma, AC 0209127-9/93-RJ, relator: Rogério de Carvalho, data da decisão: 14/02/1995. Fonte: DJ 24/08/1995). Neste mesmo sentido: TJSP, 4.ª Câmara de Direito Privado, AI 52.344-4, relator: Barbosa Pereira, data da decisão 07/08/1997; TJSP, 1.ª Câmara Cível, AC 264.806-1, relator: Guimarães e Souza, data da decisão: 19/09/1995.

[337] Neste sentido: NERY JÚNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. *op. cit.*, p. 435, em comentários ao artigo 165 do Código de Processo Civil brasileiro. Vide ainda a exemplo: "Bem diversa da sentença com a motivação sucinta é a sentença sem fundamentação, que agride o devido processo legal e mostra a face da arbitrariedade, incompatível com o Judiciário democrático". (Superior Tribunal de Justiça brasileiro, Quarta Turma, REsp 18.731-PR, relator: Sálvio de Figueiredo, data da decisão: 25/02/1992, fonte: DJU 30/03/1992, p. 3.993).

[338] "EMENTA: Agravo regimental. - Improcedência da alegação de negativa de acesso ao Poder Judiciário. - Acórdão que se baseia, para decidir, em indicação da súmula aplicável está motivado, pois basta o interessado examinar os arestos em que esta se estriba para saber quais os fundamentos do enunciado da súmula. - Ofensa indireta à Constituição não dá margem ao cabimento de recurso extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 177977 AgR, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 07/05/1996, DJ 18-10-1996 PP-39855 EMENT VOL-01846-05 PP-01030)"

Nesse caso, não deixa de ser uma motivação por remissão, já citado acima, mas também se enquadra, por hipótese, numa espécie de fundamentação concisa. Apenas alertamos para o entendimento já firmado de que apenas a alusão a súmula não tem o condão de fundamentar efetivamente a decisão.

A decisão concisa deve ainda ser suficiente – nos termos que a suficiência da fundamentação exige, conforme já ressaltado. Aliás, uma decisão que tenha uma fundamentação que atenda os seus requisitos, que seja suficiente à solução da causa com a devida abordagem de todas as questões levantadas, e que consiga ser concisa, há de ser idealizada. Uma fundamentação prolixa não é a melhor fundamentação. Deve-se buscar sempre a concisão, desde que essa concisão não signifique omitir ou fazer de forma insatisfatória a análise de determinada questão[339].

Feita uma análise quanto ao conceito que o termo "fundamentação das decisões judiciais" desempenha no presente trabalho, ressaltadas suas relações com o Estado Democrático de Direito, constatado o seu *status* de norma constitucional em diversos ordenamentos jurídicos, estabelecida a conexão com outros princípios constitucionais e analisada a estrutura e assuntos conexos com a fundamentação, entendemos já estar o assunto, maduro o suficiente para tratarmos da natureza jurídica nos ordenamentos constitucionais.

6. NATUREZA JURÍDICA

Justificando a opção sistemática lançada nesse tópico, ressaltamos que distinguimos a natureza jurídica da fundamentação das decisões judiciais

---

[339] LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, asseveram: "Como é óbvio, fundamentação concisa não significa fundamentação defeituosa. Com a alusão a "modo conciso de fundamentação", deseja-se permitir que as decisões que podem ser facilmente explicitadas possam ser objetiva e brevemente fundamentada. Nesse sentido, nem toda decisão interlocutória será, somente pelo fato de não constituir sentença, uma decisão que não precisa ser "longamente motivada""(*op. cit.*, p. 404).

na perspectiva do indivíduo e do Estado. Ou seja, vamos analisar as várias naturezas que o instituto pode ser enquadrado quando analisado sob a ótica do indivíduo em face do Estado, e do Estado em face do indivíduo.

Não mencionados aqui o indivíduo tão somente referendando àquela parte relacionada ao litígio. Indivíduo é abordado no sentido de todas aquelas pessoas que podem se socorrer da tutela jurisdicional, bem como aquelas que tenham interesse mediato ou imediato no resultado do exercício da jurisdição, mesmo que apenas por fazerem parte daquela comunidade jurídico-política.

6.1. Quanto aos Indivíduos

6.1.1. Consideração Prévia – Diferenciação entre Direitos e Garantias Fundamentais

Para reportar ao papel que o dever de fundamentação reveste em uma relação do indivíduo com o Estado, estabelecendo critérios para enquadrá-la como direito fundamental e como garantia fundamental, é necessário antes distingui-los, para depois fazer uma análise específica sobre cada uma delas.

Muito da teoria que iremos desenvolver quando do tratamento dos direitos fundamentais se aplica às garantias fundamentais, e por uma questão didática, optamos por diferenciá-los previamente, a dar uma breve noção de cada um, para que no momento oportuno possamos ressaltar as semelhanças existentes no tratamento da motivação das decisões judiciais.

A doutrina, com razão, diferencia os direitos fundamentais das garantias fundamentais[340]. O fato da distinção não implica em regimes de tratamentos diferentes, pelo contrário, corresponde a um dever de cumprimento

---

[340] Considerando a impossibilidade ou a desnecessidade de diferenciar direitos e garantias fundamentais: SILVA NETO, MANOEL JORGE. *op. cit.*, p. 636.

e de vinculação do Estado às garantias conforme preconiza a teoria geral dos direitos fundamentais[341].

Direito fundamental, sumariamente falando, são aqueles direitos do ser humano, naturais e inalienáveis, reconhecidos e positivados como *fundamental Rights* pelo direito constitucional de determinado Estado[342].

Já as garantias fundamentais[343] são instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. As garantias servem para possibilitar que o indivíduo faça valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais[344], formando um sistema de proteção social, política e jurídica dos direitos fundamentais[345]. Assim, servem tanto para que os cidadãos possam exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, tanto no reconhecimento de meios processuais adequados para essa finalidade[346]. As garantias, nesse sentido, apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos[347].

Portanto, há no Estatuto Político direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa, bem como há outras normas que

---

[341] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 346.

[342] Neste Sentido, SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 29; CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª Edição. *op. cit.*, pag. 377; e MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 09.

[343] Apenas zelando pelo tecnicismo, cumpre asseverar que as garantias fundamentais não se assemelham, ao menos *stricto sensu*, às garantias da Constituição. Essas correspondem aos meios predispostos para assegurar a observância e, portanto, a conservação, de um determinado ordenamento constitucional. (SILVA, JOSÉ AFONSO. *op. cit.*, p. 188.); No mesmo sentido: SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 178. Entretanto, a expressão "garantias fundamentais" e "garantias constitucionais" (no sentido *lato* do termo), são constantemente utilizadas como sinônimos.

[344] PAULO, VICENTE; ALEXANDRINO, MARCELO. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 96.

[345] SILVA, JOSÉ AFONSO. *op. cit.*, p. 189.

[346] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. *op. cit.*, p. 396.

[347] Neste sentido: SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 179; SILVA, JOSÉ AFONSO. *op. cit.*, p. 189 e MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª edição. *op. cit.*, p. 114.

protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do Poder. São essas normas que dão origem às garantias fundamentais[348].

Jorge Miranda, com muita exatidão, tece comparativo entre os direitos e as garantias, mencionando que "os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar condições para a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se"[349].

Essa diferenciação, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias – que imprimem existência legal de direitos reconhecidos – e as disposições assecuratórias – que são aquelas que visam defender os direitos. Aquelas instituem os direitos, já estas, as garantias, não sendo raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, a fixação da garantia com declaração de direito[350], havendo casos em que se torna difícil distinguir se trata-se de um direito autônomo ou de uma garantia[351]. Daí surge a ideia de direitos-garantia[352].

---

[348] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 346.

[349] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª edição. *op. cit.*, p. 113.

[350] MORAES, ALEXANDRE. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 33. No mesmo sentido: DANTAS, PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 280; SILVA, JOSÉ AFONSO. *op. cit.*, p. 186.

[351] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª edição. *op. cit.*, p. 113.

[352] As garantias aqui referenciadas não se confundem com as garantias institucionais.

Reconhece-se então a existência de garantias constantes da Constituição que não são direitos, não havendo possibilidade, neste caso, de invocar autonomamente esta garantia perante órgãos da administração pública ou de outra natureza; contudo, muito mais numerosas são as garantias em que ocorre a atribuição ou a projeção subjetiva, conquanto mediata, evidenciando um desdobramento de certo direito num elemento ou momento primário – o direito propriamente dito – e num elemento ou momento secundário – a garantia[353].

Destarte, estabelecida uma diferenciação prévia, analisaremos agora a possibilidade de se enquadrar a motivação das decisões judiciais como sendo um direito fundamental do jurisdicionado, e após como sendo também uma garantia fundamental, podendo, caso assim seja considerado, ser enquadrado como um direito-garantia.

6.1.2. Natureza Jurídica de Direito Fundamental

Devemos, para atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção[354]. Se quisermos enquadrar a fundamentação das decisões como sendo um direito fundamental, devemos estabelecer os contornos e limites de sua proteção. E é isso que, somado ao que foi dito no decorrer do trabalho, pretendemos neste tópico.

Sem estendermos pelo tema, mas de outra sorte não possibilitaríamos a compreensão sistemática sobre a importância e a função

---

[353] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª edição. *op. cit.*, p. 115. Em nota, o mencionado autor invoca o acórdão n.º 51/87 do Tribunal Constitucional português, de 04 de fevereiro (in Diário da República, 2ª série, n.º 83, de 09 de abril de 1987), para indicar a distinção entre direitos principais e direitos acessórios ou subordinados.

[354] MENDES, GILMAR FERREIRA. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Madrid: n. 8, año 2004, p. 132.

que os direitos fundamentais exercem no Estado Constitucional, optamos por fazer algumas breves considerações sobre os direitos fundamentais, até mesmo porque, em assim fazendo, evidenciamos a importância de enquadrar o dever de fundamentação como sendo um direito fundamental do cidadão.

Não vamos, contudo, distanciar do tema. Sempre iremos trazer à baila a discussão relativa ao dever de fundamentação, priorizando neste tópico a abordagem discursiva sobre os pontos que mais interessam para o objeto em estudo. Para enquadrarmos esse instituto como sendo um direito fundamental é necessário adentrar na teoria geral dos direitos fundamentais, razão pela qual passamos a expor:

6.1.2.1. Breve Registro dos Sentidos dos Direitos Fundamentais

A primeira questão que nos parece merecer definição é o sentido que o termo "direitos fundamentais" comporta neste trabalho. A conceituação de direitos fundamentais não é pacífica, uma vez que recebe várias denominações, tanto na seara doutrinária quanto nos sistemas positivos (constitucionais e internacionais), a exemplo dos termos: "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais", "direitos humanos fundamentais", dentre tantos outros[355].

Sem querer estender pela conceituação, optamos pelo sentido mais utilizado, o de que os direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano[356], naturais e inalienáveis, reconhecidos e positivados como *fundamental rights* pelo direito constitucional de determinado Estado[357].

---

[355] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 27. No mesmo sentido, SILVA, JOSÉ AFONSO. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. *op. cit.*, p. 175.

[356] Muito embora esteja relacionado à pessoa humana, não se trata apenas de direitos da pessoa física, os tribunais e a doutrina já evoluíram ao ponto de reconhecer a titularidade dos direitos fundamentais à pessoa jurídica, a exemplo do direito à propriedade. Por todos, vide:

Em sendo reconhecido e positivado como *fundamental rights* pelo Direito Constitucional do Estado, o sentido dos direitos fundamentais não é o mesmo em toda a Constituição concreta. As normas de direitos fundamentais são interpretadas, reguladas e aplicadas segundo uma perspectiva global da Constituição e sofrem, portanto, influência das fórmulas de organização do poder político, dos princípios constitucionais gerais e inclusive das posições relativas entre os diversos direitos[358].

Mas interpretar taxativamente a afirmativa acima e admitir que os direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição definisse como tais, seria o mesmo que não admitir a consagração, a consagração insuficiente ou a violação reiterada de direitos como à vida ou ao trabalho, liberdade de crenças ou ``a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político[359.]

A história dos direitos fundamentais convolou em uma formulação global sobre o núcleo da teoria geral dos direitos fundamentais, e é com base nessa teoria que iremos desenvolver o tópico.

LENZA, PEDRO. *op. cit.*, p. 743. E mais, além de mencionar com muita clareza a problemática da titularidade dos direitos fundamentais por pessoas jurídicas, mas também de questões como eventuais direitos de embrião, *post mortem*, estrangeiros residentes e não-residentes, e ainda pala além da pessoa humana, como animais e outros seres vivos: vide, SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 208 e ss.

[357] Neste Sentido, SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 29; CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª Edição. *op. cit.*, p. 377, e MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4.ª Edição. *op. cit.*, p. 09.

[358] ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 2010, p. 39.

[359] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4.ª edição. *op. cit.*, p. 11.

6.1.2.2. O Reconhecimento e a Finalidade dos Direitos Fundamentais

Como já ressaltado no decorrer do trabalho, foi com base no art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789[360], que se construiu a essência do Estado Constitucional[361], onde os direitos fundamentais, somados à ideia de separação dos poderes, a definição da forma de Estado e do sistema de governo, constitui elemento não só da Constituição formal, mas representa sustentáculo nuclear da própria Constituição material[362], tornando indissociáveis as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais[363].

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão liga os direitos fundamentais à separação dos Poderes, na função que esses direitos exercem como instrumento de limitação do poder do Estado[364]. Tal limitação ganha ainda mais importância pelo fato de ser consagrada como direito constitucional, reunindo por esse *status* de norma constitucional, condições para que seja

---

360 Segundo o qual "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição".

361 Registramos que os Direitos Fundamentais não nasceram efetivamente com a Revolução Francesa. Várias outras revoluções anteriores contribuíram para a formulação atual dos direitos fundamentais, a exemplo da *Magna Charta* de 1215, a Revolução puritana e a *Glorious Revolution*, na Inglaterra; as contribuições Norte-Americanas, através das primeiras Declarações de Direitos dos Estados, e mais tarde a própria Constituição Federal, dentre outras. E mais, antes mesmo disso, correspondendo a uma fase "pré-histórica" dos direitos fundamentais, vide: SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 38.

362 Sobre a diferença entre Constituição formal e Constituição material, vide: FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES. *op. cit.*, p. 4-13; LENZA, PEDRO. *op. cit.*, p. 65, e AGRA, WALBER DE MOURA. *op. cit.*, p. 50-51.

363 SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 58.

364 Nas palavras de JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Essa ligação vai já implícita uma diferença em relação aos limites tradicionais consubstanciados no respeito de uma certa estrutura política ou, mais tarde, da dignidade humana: não se trata agora apenas de declarar constrições teóricas ou de fazer apelos morais ao soberano, mas sim de "assegurar a garantia" dos direitos fundamentais de forma tão efectiva (pressupõe-se) quanto o é a separação real dos poderes e das potências." (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. *op. cit.*, p. 23/24).

reconhecida relevância jurídica positiva, atribuindo um valor superior ao da própria lei parlamentar[365].

Desde os primeiros indícios até a concepção atual os direitos fundamentais sofreram grandes transformações, inclusive no que concerne ao seu conteúdo, titularidade, eficácia e efetivação, correspondendo a uma mutação histórica[366].

Os primeiros direitos fundamentais reconhecidos, que constitui a chamada primeira geração dos direitos fundamentais[367], nasceram especialmente da doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, em que podemos citar nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant, que defendiam a ideia de que a finalidade precípua do Estado era a realização da liberdade do indivíduo. Esses pensamentos ganharam força nos pleitos da burguesia europeia, que através de revoluções fizeram constar nos textos constitucionais limitações ao poder do Estado através do reconhecimento dos direitos fundamentais de liberdade[368].

O seu titular, nota-se, é o indivíduo, ao passo que encontra no Estado o dever de oposição[369], traduzindo assim uma faculdade ou atributo das pessoas. A possibilidade de ostentar uma subjetividade advém da resistência e oposição em face do Estado[370].

---

[365] ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. *op. cit.*, p. 24. No mesmo sentido: MORAES, ALEXANDRE. *Curso de Direito Constitucional*. *op. cit.*, p. 30.

[366] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 45.

[367] A doutrina conduziu-se à critica quanto à utilização do termo "dimensão" para representar o momento e a natureza dos direitos fundamentais reconhecidos em determinada época da história. Hoje há uma tendência a utilizar o termo "dimensão" para fugir da falsa impressão de que uma geração viria para substituir a anterior. A teoria dimensional dos direitos fundamentais revela-nos que muito embora os direitos fundamentais tenham sido reconhecidos gradativamente, estes constituem-se em uma unidade indivisível no contexto do direito constitucional interno.

[368] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 46.

[369] FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES. *op. cit.*, p. 236.

[370] BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2005, p. 563-564.

Ressalvados os resquícios de reconhecimentos de direitos de cunho fundamental anteriormente às revoluções do final do século XVIII, podemos concluir que os direitos fundamentais encontram raízes na necessidade de limitação do Estado absolutista, garantindo aos indivíduos um direito de defesa em face do Estado, delimitando uma zona de não intervenção e preservando uma esfera de autonomia privada individualmente assegurada.

Os primeiros direitos fundamentais têm por fundamento um dever de abstenção por parte do Estado, garantindo um *status quo* do indivíduo[371], podendo ser registrado como principais direitos de primeira dimensão o direito à vida, à propriedade, à igualdade em seu sentido formal (todos são iguais perante a lei), e o leque dos direitos de liberdade, a exemplo da liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, de associação e etc.[372].

Apenas tecendo associação, os direitos fundamentais ganham destaque com as revoluções do século XVIII, na mesma época em que o dever de fundamentação. Ambos – e aqui ressaltamos o reconhecimento da motivação sob a perspectiva francesa, que fora inclusive elevado ao *status* supremo no artigo 208 da Constituição do ano III da revolução (1795) – foram reconhecidos na mesma época e com a mesma finalidade, de impor limites à atuação do Estado, controlando possíveis ingerências na utilização do poder[373].

Isso porque a Revolução Francesa ressaltou a supremacia do Estado moderno no exercício da jurisdição, onde se materializa o poder outorgado a determinados órgãos com a finalidade de resolver os conflitos de

---

[371] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 334.

[372] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 47.

[373] TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, discorrendo sobre as diversas razões que teria levado ao surgimento da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais revela que, dentre outras hipóteses, teria raiz na ideia de garantia, e assim a motivação ofereceria elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz; poderia verificar a legitimidade da decisão por meio da fundamentação e, por fim, garantiria às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas, na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, o material probatório produzido e as alegações feitas. (*op. cit.*, p. 323).

interesses. Logo, evidencia-se o monopólio da administração da justiça por parte dos tribunais[374] e o consequente princípio da inafastabilidade da jurisdição – sempre de forma efetiva[375].

Com o monopólio da jurisdição e reconhecimento dos direitos fundamentais de liberdade e o respectivo caráter subjetivo a eles inerente, a função do processo ganha inquestionável relevância para a proteção desses direitos, que, associados à noção de Estado de Direito, atribui à fundamentação das decisões verdadeira natureza de garantia; mesmo à época[376].

O Poder Judiciário constituía, como ainda constitui, instrumento de concretização das liberdades civis e das outras franquias constitucionais[377]. Em um momento em que se obtinha a grande conquista dos direitos fundamentais, inclusive dotado de uma natureza subjetiva – cujo significado analisaremos adiante –, era necessário concomitantemente criar também instrumentos que possibilitasse a constatação da aplicação e preservação desses direitos, garantindo-os e possibilitando o controle da atuação do Estado. Não bastava garantir um direito de abstenção, de não intervenção, mas era necessário criar um sistema normativo que visasse garantir a proteção desses direitos, a

---

[374] GOUVEIA, JORGE BACELAR. *Manual de Direito Constitucional*. vol. 2. 2ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, p. 1175.

[375] TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ. *op. cit.*, p. 01-02.

[376] MICHELE TARUFFO ressalta que: "Podemos notar que el principio de la obligatoriedad de la motivación se afirma em coincidencia com algunos cambios relevantes em la ideología política em general, y de la administración de justicia em particular, que marcan la crisis del *ancien régime* y la llegada de las nuevas formas modernas de organización del poder jurisdiccional. Esto vale, sobre todo, para el surgimiento del principio de obligatoriedad de la motivación como principio político de garantiía – respecto del arbitrio del juez – del control democrático sobre la gestión del poder: no es casual que el problema se plantee em estos términos com la Revolución francesa, o sea, em el momento em el que tiene lugar el enfreantamiento directo entre el *ancien régime*, ya em plena crisis, y las nuevas ideologías de la justicia" (*La Motivación de la Sentencia Civil*, *op. cit.*, p. 319).

[377] MELLO FILHO, JOSÉ CELSO, Algumas reflexões sobre a questão judiciária. *Revista do Advogado*. São Paulo: ano 24, n. 73, abr. 2004, p. 44.

exemplo do direito à organização e ao processo[378]. Daí o surgimento do dever de fundamentar e tornar pública a decisão judicial.

Isso porque a atuação dos juízes, à época, ficava limitada apenas a dizer o que a lei consagrava. O juiz não tinha discricionariedade para apreciar e exercer o conceito atual de cognição. O juiz era apenas a boca da lei, e como tal deveria demonstrar a aplicação da lei sem qualquer intervenção subjetiva.

Mesmo que não constante expressamente do texto constitucional, o dever de fundamentação é extraído do Estado de Direito por essas razões. Em um Estado em que se preserva pela aplicação da lei e pela proteção dos direitos fundamentais, exercer a jurisdição, função máxima encarregada a garantir tais postulados, sem que se possa ter conhecimento se essa função também está comprometida com esses ideais, seria o mesmo que pregar um Estado de Direito que não se justifica. Portanto, a motivação investe-se como norma materialmente constitucional mesmo quando não preconizada expressamente nos textos constitucionais, ressalvando que a amplitude da fundamentação imposta pela norma varia segundo a maturidade jurídico-político da época.

Continuando na linha história do reconhecimento dos direitos fundamentais associados ao dever de fundamentação, destacamos: Garantido inicialmente os direitos de primeira dimensão, os problemas resultantes da revolução industrial, com graves impactos sociais e econômicos, bem como a constatação de que a liberdade formal não era suficiente para promover uma igualdade efetiva, surgem movimentos tutelados pelos pensamentos da doutrina socialista reivindicando direitos sociais, que gradativamente foram sendo reconhecidos nos textos constitucionais, nascendo assim os direitos de segunda geração, que impunham não mais um dever de abstenção do Estado

---

[378] MENDES, GILMAR FERREIRA. *op. cit.*, p. 135. Essas imposições positivas de fornecer meios suficientes para que os cidadãos pudessem exercer suas liberdades acabam por estabelecer uma faceta prestacional relacionada aos direitos de liberdade, inclusive à prestação de uma decisão devidamente fundamentada.

(de caráter negativo), mas um dever prestacional de promover o bem-estar social[379].

O Estado deixa de ser um Estado Liberal para se transformar num Estado Social, onde os indivíduos têm o direito de que o Estado promova a efetivação desses direitos, como é o caso da assistência social, do trabalho, da saúde, educação, etc., além de estar sob a tutela do Estado não mais uma liberdade em sentido formal – aquela em que todos são iguais perante a lei –, mas o Estado passa a ter o dever de propiciar uma igualdade material, em que todos são iguais de fato.

Podemos notar que os direitos de defesa oferecem proteção ao indivíduo contra uma ação imprópria do Estado, já os direitos a prestação partem da premissa que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das suas necessidades. Se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais (sociais) asseguram as condições materiais indispensáveis para que o indivíduo desfrute dessas liberdades[380].

O surgimento desses direitos prestacionais implicaram em uma maior atuação do Estado. O Estado, que inicialmente era inerte, abstencionista, passa a ter o dever de intervir, visando sempre ao bem-estar-social.

Assim, os Poderes Legislativo e Executivo adquirem a tarefa de implementar esses deveres de prestação, o que levou ao crescimento considerável de suas atividades. O Executivo assume o dever de criar as políticas de efetivação desses direitos e o Legislativo atua na ampliação do sistema de regulamentação dessas novas atividades[381].

O aumento da atividade desses dois Poderes rompeu com o equilíbrio que se espera em um Estado de Direito que pretende ser classificado

---

[379] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 47.
[380] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 334.
[381] NETO, OLAVO DE OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 197.

democrático. Para restabelecer esse necessário equilíbrio, o Judiciário, além do exercício da atividade judiciária comum – com objetivo de resolver conflitos de interesse – é convocado, com ainda mais intensidade, a assumir um papel de controlador das atividades políticas do Estado administrativo e do Estado legislativo, impedindo que eventuais abusos no exercício do poder possam colocar em risco uma ordem jurídica justa e harmoniosa[382].

Essa ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário impõe a necessidade de preencher o conteúdo das normas jurídicas, inclusive as de direitos fundamentais, que apresentam conceitos não determinados, mediante um juízo axiológico que o magistrado deve exercer dentro dos limites impostos pela própria Constituição[383].

A atuação dos juízes no exercício da função jurisdicional ganha maior liberdade na interpretação e na formulação dos juízos de valores das normas jurídicas, sobretudo as constitucionais, afastando aquela ideia inicial do juiz como “boca da lei”, o que termina por consagrar sobremaneira a extrema importância de se controlar a atuação desses juízes obrigando-os a fundamentar de forma clara, racional e suficiente as suas decisões. A justificação do entendimento materializado na decisão legitima o Poder Judiciário diante da sociedade, inclusive em razão da conquista da função de fazer valer os direitos fundamentais sociais, intervindo, muitas vezes, na esfera de atuação de outros poderes, obrigando-os a prestar efetivamente os ditos direitos.

A fundamentação das decisões vem conquistando relevância ao passo que os direitos fundamentais vão sendo reconhecidos. Quanto maior a importância dos direitos fundamentais, maior a importância do dever de fundamentar as decisões judiciais.

---

[382] NETO, OLAVO DE OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 197-198.
[383] Ibidem p. 198.

Retomando mais uma vez o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais, a terceira dimensão desses direitos corresponde aos direitos de fraternidade e solidariedade, reconhecendo novos direitos ao ser humano, e não aos indivíduos, nascendo assim os direitos transindividuais, com destinatários indefinidos e indetermináveis. Neste momento são reconhecidas proteções à família, ao povo, nação, ao meio ambiente, à qualidade de vida, etc.[384].

Mais uma vez vemos aumentar a importância da atuação do magistrado na proteção dos direitos fundamentais. Se o ordenamento jurídico passa a reconhecer direitos cujo titular não é mais o indivíduo, mas sim a sociedade como um todo, os interesses na sua preservação extrapolam os limites processuais e fazem com que a função extraprocessual da fundamentação ganhe ainda mais relevância. A sociedade é a destinatária da decisão que tem por objeto esses direitos.

Uma decisão fundamentada torna-se ainda mais elementar na prestação da função jurisdicional ao passo que o controle social sobre a administração da justiça passa a ser consequência do reconhecimento dos direitos transindividuais.

Ressalvadas as discussões acerca do número de gerações existentes, além do conteúdo protegido por uma quarta e quinta geração, optamos por registrar o posicionamento defendido por Paulo Bonavides de que a quarta geração é resultante de um processo de globalização dos direitos fundamentais, que corresponde à última fase de institucionalização do Estado

---

[384] Como assevera INGO WOLFGANG SARLET, os direitos de terceira dimensão, ressalvadas algumas exceções, não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando em processo de consagração no âmbito do direito internacional (*op. cit.*, p. 49).

Social. Então, segundo tal posicionamento, a quarta dimensão é composta pelo direito à democracia, à informação, assim como ao pluralismo[385] [386].

Dada a importância da informação e em razão do aprofundamento da participação democrática na vida social, os novos direitos de quarta geração ganham relevância quando o assunto é direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais eram vistos como sendo posições do indivíduo perante e contra o Estado, que tinham por finalidade salvaguardar uma esfera privada de autonomia que correspondia, na verdade, a autonomia liberal da própria sociedade em face do Estado[387]. Tal concepção correspondia a uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, pois atribuía ao indivíduo uma posição de exigir do Estado o cumprimento de determinada liberdade.

Porém, ao valorizar um certo sistema de organização política e de legitimação do Poder, os direitos fundamentais, e principalmente o direito a usufruir igualmente esses direitos, passaram a relacionar-se com a forma de governo. O regime democrático torna-se uma condição e uma garantia dos próprios direitos fundamentais, e, portanto, devem ser interpretados conforme o conteúdo democrático exige. Os direitos fundamentais vão ter seu conteúdo moldado de forma a contribuir para a manutenção e o fortalecimento da democracia[388].

Não podemos esquecer que os direitos fundamentais e a democracia se encontram em um condicionamento recíproco, em que um constitui pré-requisito do outro. A democracia pressupõe respeito dos direitos

---

[385] BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª edição. *op. cit.*, p. 570-571.

[386] Há grande parcela da doutrina que reveste à quarta dimensão dos direitos fundamentais de direitos inerentes às novas tecnologias genéticas, como é o caso da manipulação genética, mudança de sexo, etc. Seguindo essa linha: LENZA, PEDRO. *op. cit.*, p. 740.

[387] ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA. *op. cit.* 4º edição. p. 56.

[388] Idem.

fundamentais, já os direitos fundamentais são um importante vetor para a interpretação do regime democrático[389].

Desta forma, antes de passarmos ao direito fundamental à informação, que é a que mais importa para o deslinde do trabalho, cumpre-nos ressaltar, pela indireta relação com o tópico, o direito fundamental à democracia. Neste sentido a democracia não constitui tão somente um regime político, como já explorado, mas constitui também um direito fundamental do cidadão.

Para que a democracia seja assim enquadrada é necessário que seja uma democracia direta. Nas palavras de Paulo Bonavides, essa democracia direta é materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e é legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Se a informação e o pluralismo derem base à democracia – projetada e concretizada no último grau de sua evolução conceitual – serão todos estes enquadrados como direitos fundamentais do indivíduo[390].

Logo, os direitos de primeira geração – direitos de liberdades –, de segunda geração – direitos sociais –, e os de terceira geração – direitos transindividuais –, são infra-estruturais na pirâmide que terá como ápice o direito fundamental à democracia[391], que só será efetiva se tiver o respaldo da informação e da publicidade dos atos governamentais.

Aliás, não é só da democracia que se busca fundamento para o dever de fundamentação das decisões judiciais. O Estado de Direito implica que a jurisdição do Estado seja dotada de independência e imparcialidade, com

---

389 AGRA, WALBER DE MOURA. *op. cit.*, p. 105.
390 BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. *op. cit.*, p. 571.
391 Ibidem p. 572.

igualdade entre as partes[392] e que decida com base em critérios jurídicos[393]. A fundamentação das decisões torna possível assegurar o cumprimento de todos esses preceitos.

Os direitos fundamentais de segunda, terceira e quarta geração não são passíveis de interpretação, mas sim de concretização, e é com esteio nessa concretização que caminha o futuro da globalização política e o seu princípio de legitimidade[394].

Parece incrustado no raciocínio de qualquer indivíduo com intelecto social que a maior forma de defesa dos direitos consiste no seu conhecimento. Só quem tem conhecimento de seus direitos pode usufruir dos bens a que eles correspondem, além de saber avaliar as desvantagens e os prejuízos que a violação ou a ameaça a esses direitos pode lhe acarretar[395].

Assim, qualquer sistema que tenha pretensão democrática deve assegurar o acesso ao direito, promovendo a informação e a consulta jurídica, bem como a efetiva prestação jurisdicional. Dessa forma poderá ser alcançada a democratização do direito, através de um dever de prestação de informação do Estado para com os indivíduos.

O ordenamento constitucional, preocupado com a democratização do direito, fez constar vários institutos que visam garantir a informação, a exemplo da Constituição portuguesa que fez constar o direito de acesso aos dados informatizados que diga respeito aos cidadãos, além de conhecer a finalidade a que se destinam (art. 35.º, n. 1); o direito à informação dos

---

[392] A questão da igualdade de tratamento perante a prestação da tutela jurisdicional tem total ligação com o dever de fundamentação das decisões judiciais, posto que é através da fundamentação que se torna possível aquilatar a igualdade, e mais, a igualdade impõe inclusive um dever de propiciar que ambas as partes, de forma igualitária, tenha conhecimento da decisão.

[393] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. *op. cit.*, p. 320.

[394] BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. *op. cit.*, p. 572.

[395] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. *op. cit.*, p. 317.

consumidores (art. 60.º, n.º 1), e principalmente dos administrados (art. 268.º, n.º 1)[396]. Na Constituição brasileira é assegurado a todos o acesso à informação (Art. 5.º, XXXIII), devendo os órgãos públicos prestarem todas as informações de interesse do particular ou de interesse coletivo ou geral[397], direito esse que é garantido através do remédio constitucional denominado *habeas data* (art. 5.º, LXXII, da Constituição brasileira).

Esses direitos de informação não constituem apenas normas de cunho garantista, que visam garantir a democratização do direito, mas também outorgam, na maioria das vezes, senão todas, direitos fundamentais aos cidadãos[398].

A ideia do direito fundamental à informação ressalta a importância do dever de fundamentação como mecanismo de informação e controle à disposição da sociedade. Os direitos à informação compreendem, em especial, um direito perante o Estado, que possibilita exigir uma transparência que ultrapassa a defesa dos interesses individuais[399], além de englobar direitos como o direito à informação procedimental e à notificação das decisões, bem como ainda a garantia do "arquivo aberto" da Administração Pública.

No Estado Democrático de Direito ancorado nos direitos fundamentais, não há como negar um direito dos indivíduos a terem informações sobre a administração do Estado, sobre o uso dos Poderes e sobre a preservação dos direitos fundamentais. Se a *res* é *publica* e os agentes

---

396 Ibidem, p. 318.

397 LENZA, PEDRO. *op. cit.*, p. 764.

398 Reconhecendo o direito à informação do jurisdicionado vide a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro no Mandado de Segurança n.º 24.268/MG, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Julgamento em 05/02/2004, Órgão Julgador: Tribunal Pleno – "EMENTA: (...) 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. (…)".

399 ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA. *op. cit.*, p. 64.

estatais exercem o poder em nome do povo, é evidente um dever de informação à sociedade[400].

Tanto é que não só os atos do Poder Judiciário devam ser justificados, mas a fundamentação corresponde a um dos elementos do ato administrativo[401], sendo assim, a Administração Pública tem o dever de justificar seus atos para preservar pela legalidade[402]. Aliás, o princípio da legalidade, alicerce do Estado Democrático de Direito, impõe ao poder público uma autorização de fazer ou deixar de fazer tão somente o que a lei determina[403], e para assim o ser, necessário a justificação do ato.

O direito à informação[404] por parte dos órgãos públicos é um dos instrumentos que permite a realização do princípio da publicidade, princípio esse que tem função preponderante nas atividades do Estado, devendo nortear todos os seus atos. Neste sentido a informação é um direito subjetivo do cidadão porque permite a fiscalização dos atos governamentais e permite a transparência no trato da coisa pública[405].

Note-se, sem querer adiantar o tema, que muito embora tenha tido seu reconhecimento e evidenciada a sua importância juntamente com os direitos de liberdade, na segunda metade do século XVIII, o dever de fundamentação vem angariando relevância e moldando suas finalidades ao longo do reconhecimento dos direitos fundamentais, chegando ao ponto de constituir uma derivação direta do direito à informação, dissociada à ideia de

---

[400] Nas palavras de NAGIB SLAIBI FILHO e ROMAR NAVARRO DE SÁ "A fundamentação dos atos estatais é exigência do regime republicano, no qual o poder é exercido de forma responsável" (*op. cit.*, p. 03).

[401] Sobre a necessidade de motivação do ato administrativo, vide: CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 104 e ss.

[402] MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 102-103.

[403] SPITZCOVSKY, CELSO; MOTA, LEDA PEREIRA. *Direito Constitucional*. 10ª Edição São Paulo: Editora Métodos, 2010, p. 246.

[404] O Direito à informação pode ser restringido quando colocar em perigo a segurança ou a intimidade de um indivíduo, da sociedade ou do Estado.

[405] AGRA, WALBER DE MOURA. *op. cit.*, p. 189.

garantia e de direito de cunho processual. É também com sustentáculo na informação que o Estado tem o dever de prestar contas à sociedade, a fim de demonstrar que sua atuação é clara, legítima e dentro dos parâmetros de legalidade.

Isso é democratizar o direito. Assim se promove a efetividade da tutela jurisdicional. É com informação que se legitima o exercício do poder pelo Estado. A tutela jurisdicional envolve a fundamentação das decisões judiciais, manifestando-se como um direito fundamental[406] [407].

O dever de fundamentação constitui assim espécie do gênero direito à informação, assim como a liberdade de imprensa constitui espécie dos direitos de liberdade[408].

Por fim, e retomando um pouco a consagração dos direitos fundamentais, não poderíamos deixar de registrar que há diversos outros bens pessoais que com o avanço da sociedade se faz passível de proteção.

A classificação entre as diferentes dimensões dos Direitos Fundamentais não é taxativa e nem tem o condão de especificar concretamente quais os direitos foram consagrados naquele momento. Trata-se de mera expressão doutrinária.

Portanto, independentemente de se criar uma quinta geração ou enquadrar onde quer que seja, a sociedade parece fazer jus à proteção de bens pessoais como o direito à identidade genética face às novas tecnologias e

---

[406] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. *op. cit.*, p. 322-324.

[407] Poderíamos até mesmo mencionar a ideia de que a fundamentação das decisões judiciais corresponde a uma garantia ao direito à informação, porém, não dissociada de um direito autônomo.

[408] Não admitindo o direito à decisão motivada como sendo um direito fundamental: ZAVARIZE, ROGÉRIO BELLENTANI. *op. cit.*, p. 44: "Como se trata de verdadeiro instrumento destinado a permitir o amplo alcance da acessibilidade ao poder jurisdicional, é correto dizer que a fundamentação das decisões é uma garantia individual, e não um direito". Discordamos do mencionado autor pelos já ressaltados argumentos, e mais pelos que se verá, mas, sobretudo, pelo fato de entendermos que a motivação das decisões não tem a exclusiva finalidade de permitir o amplo acesso ao poder jurisdicional.

as experimentações científicas; o direito à privacidade contra a exploração dos fenômenos de tratamento automatizados; conexão, transmissão e utilização de dados pessoais; bem como direitos como à imagem e o direito à palavra, mencionados contra os fenômenos intrusivos da publicidade e da comunicação social amplificados pelo desenvolvimento dos meios audiovisuais, além de instrumentos processuais que irão possibilitar uma promoção dos direitos materialmente fundamentais – os quais inclusive será objeto de tópico específico mais a frente. Esses novos âmbitos de proteção implicam no alargamento e na densificação das liberdades e dos direitos de defesa, e fazem por merecer total resguardo do sistema de proteção abarcado pelos direitos fundamentais[409].

Podemos extrair da narrativa acima, ao menos neste primeiro momento, como sendo mais importante para o deslinde deste trabalho a noção de que os direitos fundamentais atribuem ao indivíduo uma vantagem contra todo o poder do Estado. Parafraseando a ideia de Dworkin, o direito fundamental concede ao indivíduo o que um trunfo concede ao jogador num jogo de cartas. A carta trunfo prevalece sobre todas as demais. Adaptando essa analogia ao significado que os direitos fundamentais têm face do Estado, tendo em vista que de um lado da relação está o indivíduo, e do outro o Estado, ter um direito fundamental representa ter um trunfo contra o Estado, que num contexto de Estado Democrático pautado na regra da maioria, ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria[410].

---

[409] ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA. *op. cit.*, p. 64-65. Neste mesmo sentido assevera o mesmo autor que "a massificação das relações económicas e a concentração empresarial exigem a proteção especial da liberdade contratual e dos direitos à saúde e à segurança dos indivíduos e das famílias, enquanto consumidores de bens e de serviços, diminuídos perante as grandes empresas produtoras e comercializadoras, através de direitos especiais (por exemplo, direitos à informação e à formação) e da alteração das regras tradicionais do direito civil e comercial (por exemplo, estabelecendo proibições e imposições nas relações privadas e prescrevendo em certos casos responsabilidade objectiva, sem culpa)".

[410] NOVAIS, JORGE REIS. *Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 18-19.

6.1.2.3. Função Objetiva e Subjetiva dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais revelam uma dupla perspectiva, uma primeira como sendo um direito subjetivo individual, e uma segunda como elementos objetivos fundamentais da sociedade[411], conforme fizemos referência no tópico acima.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais importa na faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva aos titulares do poder público. A dimensão objetiva, por sua vez, vai além da perspectiva e coloca os direitos fundamentais como verdadeiro norte de eficácia irradiante que fundamenta todo o ordenamento jurídico[412].

Como mencionado, os direitos fundamentais nasceram para representar direitos de defesa em face do Estado, portanto, a eficácia ou dimensão subjetiva dos direitos fundamentais foi logo reconhecida. O indivíduo, sustentado nos direitos de liberdade, tinha condições de impor ao Estado um dever de abstenção, de não intervenção.

Quanto à dimensão subjetiva devemos relacioná-la à ideia de que o titular de um direito fundamental tem a possibilidade de impor judicialmente seus interesses[413], ou seja, caso o Estado não cumpra os direitos fundamentais, o indivíduo tem o direito de reivindicar, perante o Judiciário, a concretização do dispositivo normativo[414].

Entretanto, com o reconhecimento dos direitos sociais, onde o Estado assume um dever prestacional, ou seja, de ação, houve a necessidade de reconhecer que tais normas não ficavam restritas à interpretação de que o indivíduo gozava de uma posição que pudesse exigir judicialmente o

---

411 SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 141.
412 FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES. *op. cit.*, p. 230.
413 SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 152.
414 AGRA, WALBER DE MOURA. *op. cit.*, p. 157.

cumprimento. Juntamente com essa posição de vantagem houve a necessidade de reconhecer que o Estado, independentemente de qualquer exercício do direito subjetivo do cidadão, tinha o dever de promover a efetividade daqueles direitos.

Os direitos fundamentais passam então a servir de norte para todo o ordenamento jurídico.

Esse fenômeno recebe o nome de eficácia irradiante dos direitos fundamentais, pautado no fato desses direitos fornecerem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. Tendo a eficácia irradiante, não há direito que não deva passar pelo crivo dos direitos fundamentais[415].

Logo, atribui-se uma dimensão que os coloca como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, formando a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático[416].

Essa dimensão objetiva é um fruto novo do direito constitucional e tem sustentáculo nas seguintes premissas: As Constituições democráticas e sociais vão revestir-se de um sistema de valores que os direitos fundamentais as proporcionam; com isso os direitos fundamentais acabam por influenciar todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a atuação de todos os poderes estatais, fazendo com que os direitos fundamentais sejam vistos como verdadeiras diretrizes para a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico[417].

---

[415] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 147. No mesmo sentido, discorrendo sobre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, vide: MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 346.
[416] MENDES, GILMAR FERREIRA. *op. cit.*, p. 132.
[417] FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES. *op. cit.*, p. 230.

Os direitos fundamentais passam a ser princípios básicos da ordem constitucional, além de participar da essência do Estado Democrático de Direito, operando como limites do poder e como diretrizes para a sua ação[418].

Reconhecer uma dimensão objetiva significa dizer que esses direitos devem ter sua eficácia valorada não só sob uma perspectiva individual – do indivíduo frente ao Estado –, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade como um todo. Logo, todos os direitos fundamentais, ancorados na sua perspectiva objetiva, são sempre, também, direitos transindividuais, e é nesse sentido que se justifica a afirmação de que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitimam as restrições aos direitos subjetivos individuais sob fundamento de que o interesse da comunidade prevalecente, lembrando que mesmo nesta hipótese deverá ser sempre respeitado o núcleo essencial do direito[419]. Essa mencionada restrição não pode ser tida como regra. As restrições dos direitos fundamentais devem ser vistas com uma série de condicionantes, a preservar pelo maior alcance de todos os direitos[420].

Apenas por oportuno, extrai-se justamente da dimensão objetiva, na sua acepção valorativa, a estrita relação dos direitos fundamentais com os deveres fundamentais – na sua concepção clássica.

---

[418] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 343.

[419] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 145-146. Assevera ainda o mencionado autor, ao discorrer sobre o tema, que "não se poderá sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva (individual ou transidividual) em prol da dimensão objetiva (comunitária e, nesse sentido, sempre coletiva), no âmbito de uma supremacia apriorística do interesse público sobre o particular".

[420] Sobre as restrições dos direitos fundamentais, vide: NOVAIS, JORGE REIS. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Essa dimensão objetiva representa ainda um dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado contra agressões do próprio poder público, de particulares ou de outros Estados[421].

Podemos, portanto, extrair o entendimento de que o dever de fundamentação possui uma dimensão subjetiva no ponto que confere ao indivíduo condições para exigir que o Poder Judiciário fundamente suas decisões, prestando a informação necessária. Inclusive o vício de motivação constitui fundamento legítimo a constituir interesse recursal ou de impugnação pela via apta, além de outorgar interesse de agir a pessoas estranhas à relação processual[422].

Já na sua dimensão objetiva impõe ao Poder Judiciário um dever imperativo de informar à sociedade e às partes qual foi o fato e o direito que justificaram a sua decisão, devendo, o Poder Judiciário, promover pela sua máxima concretização, combatendo e controlando possíveis violações cometidas pelo próprio órgão, cabendo inclusive promoção do dever de fundamentação *ex officio*. Ademais, impõe ao Legislativo uma restrição quanto a qualquer pretensão de redução do núcleo essencial do preceito e impõe uma necessidade de criar mecanismos de regulamentação. Dessa forma os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes.

6.1.2.4. Vinculação dos Poderes Públicos aos Direitos Fundamentais

Como mencionado, os direitos fundamentais nasceram com a natureza de constituir mecanismos de defesa em face de abusos cometidos pelo Estado. O fato dos direitos fundamentais estarem previstos na

---

[421] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 344.

[422] As consequências da ausência de fundamentação será objeto de análise mais adiante do trabalho.

Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que eles sejam considerados meras autolimitações dos poderes, passíveis de serem alterados e suprimidos por vontade destes. Os direitos fundamentais estão revestidos de maior poder que os poderes dos órgãos constituídos[423], devendo, os atos desses poderes estarem de acordo com os direitos fundamentais, sob pena de serem invalidados[424] [425]. Além disso, a eficácia irradiante, conforme ressaltado, impõe um dever de cumprimento e de promoção dos direitos fundamentais a todos os três poderes.

Ou seja, não são os direitos fundamentais que devem andar no quadro determinado pelos poderes públicos, mas os poderes públicos que devem ser conformados pelos direitos fundamentais[426].

Assim, o Poder Legislativo não está vinculado aos direito fundamentais tão somente no momento da feitura das leis, mas em razão da eficácia irradiante esse poder tem o dever de editar normas que vão concretizar e regulamentar os direitos fundamentais.

Essas vinculações poderão manifestar-se de várias formas, podendo citar, por haver conexão com a temática do trabalho[427] a obrigação do Poder Legislativo em regulamentar os direitos fundamentais que necessitem de

---

[423] Sob esse fundamento, caracterizar o dever de fundamentação como sendo um direito fundamental do cidadão, coloca em cheque aquela formulação da jurisprudência brasileira, citada na introdução do presente trabalho, de que o julgador não está obrigado a apreciar todos os argumentos instados pelas partes.

[424] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 321.

[425] Sobre a Vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, vide: PATTO, PEDRO MARIA GODINHO VAZ. A vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias. *Documentação e Direito Comparado*. Boletim do Ministério da Justiça, n. 33/34, 1988.

[426] ZANETI JR., HERMES. *op. cit.*, p. 50

[427] Há outras formas de vinculação do Poder legislativo aos direitos fundamentais, mas por não ter conexão – ao menos num primeiro momento – com a temática do trabalho, optamos por não elencar no corpo do texto, mas que em contrapartida, podemos citar, nesta oportunidade, o caso da problemática da "proibição do retrocesso".

regulamentação infraconstitucional para adquirir eficácia. Assim, caso o Legislador infraconstitucional não regulamente esse direito fundamental, poderá gerar uma inconstitucionalidade por omissão.

Quando o constituinte deixa a crivo do legislador infraconstitucional restringir a eficácia de determinado direito fundamental, o Legislador estará sempre vinculado ao núcleo essencial do direito, não se legitimando a criação de condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte[428].

Daí a conclusão já exarada de que o dispositivo constitucional português que trata do dever de fundamentação esteja revestido de um núcleo essencial que não pode ser tocado, mesmo havendo possibilidade de limitação por lei infraconstitucional.

Ainda sob essa perspectiva, os dispositivos constitucionais brasileiros e português que tratam a matéria não podem ser objeto de pretensão à abolição ou limitação – que reduza seu núcleo essencial – nem mesmo através do exercício do Poder Constituinte Derivado de Reforma, que se encontra limitado às restrições impostas pela própria Constituição – impossibilidade de abolir dos direitos fundamentais –, conforme mais se verá.

Quanto à vinculação do Poder Executivo, devemos citar que a administração pública[429] deve pautar seus atos sempre em conformidade com os direitos fundamentais. Mesmo diante de uma margem de discricionariedade, diante da interpretação de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos

---

[428] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 321.

[429] Não apenas referindo a Administração Pública como sendo pessoa jurídica de direito público, mas também as pessoas jurídicas de direito privado que disponham de poderes públicos, de faculdade de *jus imperium*, ao tratar com o particular (MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 323).

indeterminados, o administrador público deve pautar-se no cumprimento desses direitos[430].

Fruto do direito fundamental à informação, cujo dever de fundamentação é espécie, o Poder Executivo deve pautar seus atos sempre na transparência e justificação, tornando-os públicos e motivados, de forma a democratizar o exercício do poder pela legalidade, impessoalidade e eficiência que se espera do administrador.

Quanto à vinculação do Poder Judiciário, que é mais importante para o deslinde do trabalho, podemos ressaltar que a defesa dos direitos fundamentais constitui a essência da função jurisdicional. Os Tribunais assumem a prerrogativa de controlar os atos dos demais poderes, e sobretudo os seus próprios, principalmente no que diz respeito ao cumprimento dos direitos fundamentais. São dos tribunais a função de garantir a maior eficácia possível dos direitos fundamentais[431], o que no plano político-institucional torna-se um fator decisivo para o pleno exercício da cidadania[432].

Logo, a vinculação aos direitos fundamentais se manifesta no dever que impõe aos juízes de respeitar os direitos fundamentais no curso do processo e no momento e no conteúdo da decisão[433]. Afinal, independentemente do direito aplicado, se público, privado ou internacional, a vinculação dos juízes aos direitos fundamentais será sempre a mesma[434].

É de se ressaltar a sistemática implementada em alguns países europeus, como o caso do recurso constitucional alemão

---

430 MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 323. O mencionado autor ainda ressalta a problemática instada pelo fato de caso o administrador público esteja vinculado aos direitos fundamentais, poderia ele realizar juízo de inconstitucionalidade de uma lei e se recusar a lhe dar aplicabilidade, por entendê-la discordante com um direito fundamental?

431 Ibidem, p. 326.

432 MELLO FILHO, JOSÉ CELSO. *op. cit.*, p. 43.

433 MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 326.

434 ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA. *op. cit.*, p. 269.

(*verfassungsbeschwerde*) e do recurso de amparo espanhol, que permite que todo cidadão que tenha tido um direito fundamental lesado encaminhe a questão diretamente ao Tribunal Constitucional[435], tamanha a importância do Poder Judiciário na proteção desses direitos.

Portanto, o Poder Judiciário tem o dever de dar maior eficácia possível à fundamentação, reformando e sanando possíveis violações (ausência ou insuficiência) quando constatadas, inclusive *ex officio*, além de ter um dever imperativo de cumpri-la quando da condução e julgamento do processo. Isso faz com que não haja margens para flexibilização do núcleo essencial.

Independentemente da natureza da função exercida pelo órgão e independentemente da forma que este órgão esteja vinculado aos direitos fundamentais, uma coisa é certa, todo o Estado deve respeitar os direitos fundamentais. Esses direitos impõem uma obrigação de respeito ao Estado independentemente de qualquer coisa, pois constitui sua própria essência e legitimidade[436].

---

[435] ANDERSON CAVALCANTE LOBATO, assevera que: "No que diz respeito ao recurso constitucional alemão (verfassungsbeschwerde é importante perceber que teoricamente se assemelha ao mandado de segurança brasileiro, em razão sobretudo da possibilidade de sua apresentação por qualquer pessoa que se sinta lesada em um de seus direitos fundamentais por ato de autoridade pública (art. 93-4a, Constituição Federal Alemã). Entretanto, na prática, o recurso constitucional se aproxima do nosso recurso extraordinário, posto que o art. 94-2, da Constituição de Bonn, admite que uma lei federal possa restringir o acesso direto do interessado à tentativa de solução do caso pela via do direito ordinário. Desse modo, "a atividade do Tribunal Constitucional Federal no plano do recurso constitucional se limita quase inteiramente à verificação da constitucionalidade das decisões de justiça". "O recurso de amparo espanhol foi concebido a partir do modelo do recurso constitucional alemão, e apensar de certas e determinadas particularidades, nos é permitido concluir que guarda a mesma estrutura jurídica de modo a ressaltar uma semelhança e proximidade com os institutos do mandado de segurança e recurso extraordinário brasileiros". (O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito*. Curitiba: ano 28, n. 28, p. 127-128).

[436] É importante registrar que mencionados direitos – à democracia e à informação – não são direitos absolutos, cabendo restrição nos casos e sob as condições previstas no ordenamento, sempre pautado nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

6.1.2.5. Situações Jurídicas criadas pelos Direitos Fundamentais nas Relações entre Indivíduo e Estado

6.1.2.5.1. Os Quatro Status de Jellinek

Para demonstrar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, optamos por nos referir à clássica teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek. Nessa teoria, o mencionado autor, sinteticamente falando, conclui que o indivíduo pode se deparar com quatro posições (*status*) diante do Estado – passivo, negativo, positivo e ativo. Esses *status* corresponderiam, respectivamente, a uma posição em que o indivíduo tem prestações diante do Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado e prestações por conta do Estado, formando assim uma linha ascendente, pois, primeiro, o indivíduo se encontra obrigado a obedecer à vontade do Estado (relação de subordinação), depois lhe é concedido uma esfera de liberdade (independência); a seguir o próprio Estado obriga-se a prestações para com o indivíduo e por fim o indivíduo é chamado a participar na formação da vontade do Estado[437].

Então, o indivíduo, ao fazer parte de uma entidade política, vincula-se ao Estado e relaciona-se com este através de quatro espécies de situações jurídicas, seja como sujeito de deveres seja como titular de direitos.

Pormenorizando as situações jurídicas criadas, temos:

O *status* passivo representa uma situação em que o indivíduo encontra-se numa relação de subordinação aos poderes estatais, sendo sujeito de inúmeros deveres e não de direitos. O Estado, nessa relação, tem o poder de vincular juridicamente o indivíduo por meio de ordens e proibições[438].

---

[437] JELLINEK, GEORG. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Editora Albatros, 1981, p. 306 e ss.

[438] CUNHA JÚNIOR, DIRLEY. *op. cit.*, p. 522.

O *status* negativo impõe um dever de respeito por parte do Estado à liberdade do indivíduo, gozando este de uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal[439].

O *status* positivo representa as relações em que o indivíduo goza do direito de exigir do Estado determinadas prestações positivas que o possibilite satisfazer certas necessidades[440].

Por fim, o *status* ativo diz respeito às relações em que ao indivíduo é possibilitado participar da formação da vontade do Estado.

Como já mencionado, a fundamentação das decisões judiciais constituía, como ainda constitui, garantia aos direitos de liberdade, pois possibilitava o exercício daqueles direitos, podendo, portanto, ser considerada uma garantia ao *status* negativo.

A garantia dos direitos de defesa contra intervenções indevidas do Estado não é suficiente para assegurar o pleno exercício da liberdade. Observe-se que não apenas a existência de lei, mas também a sua falta podem revelar afrontas aos direitos fundamentais, ensejando assim, no caso, direitos a prestações positivas de índole normativa. As decisões motivadas acabam por ser fruto de um dever prestacional à organização e ao processo[441].

Além da não interferência na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos – direitos de defesa – (*status* negativo), cujo dever de fundamentação é garantia, o Estado tem a tarefa de colocar os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das

---

[439] PAULO BONAVIDES assevera que os direitos fundamentais de primeira geração, conhecidos como direitos de liberdade enquadram-se na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek, assim, traçam a nítida separação entre a sociedade e o Estado (*Curso de Direito Constitucional*, 16ª edição, *op. cit.*, p. 564).

[440] CUNHA JÚNIOR, DIRLEY. *op. cit.*, p. 523.

[441] MENDES, GILMAR FERREIRA. *op. cit.*, p. 135-136.

liberdades, que são os deveres às prestações jurídicas[442], inclusive de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, cuja decisão seja devidamente fundamentada. Não obstante a relação do dever de fundamentação com o *status* negativo e positivo, o indivíduo é convidado a participar através das normas procedimentais na formação da vontade do Estado que afetem seus interesses (decisão judicial), o que corresponde a um *status* ativo conforme se verá no tópico a seguir.

Cumpre-nos salientar que muito embora a teoria de Jellinek seja considerada clássica pela doutrina, não está passível de críticas e principalmente de modernização, haja vista a mudança do contexto constitucional atual.

Sem prejuízo de outras tantas considerações a serem lançadas sobre a teoria dos quatro *status* de Jellinek[443], podemos destacar que o *status* ativo inicialmente considerado teve de ter seu âmbito de compreensão alargado de forma a englobar as necessidades do constitucionalismo moderno, especificadamente, o *status* ativo processual, ou *status activus processualis*, que corresponde á dimensão procedimental e organizatória dos direitos fundamentais, oportunidade em que passamos a analisá-lo:

---

[442] GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, ensinam que "há direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica". (*op. cit.*, p. 335).

[443] Sobre o assunto, vide: SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p.155 e ss. DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, apenas para citar uma atualização da teoria de Jellinek, menciona que o *status* negativo ou de liberdade, numa concepção atual dos modelos constitucionais, não pode ser entendido na forma lançada por Jellinek, ou seja, as liberdades consagradas em âmbito constitucional não estão mais à mercê da lei. A própria Constituição traça limites ao legislador, estando, portanto, por força dos direitos fundamentais, inadmitidas quaisquer disposições legislativas que restrinjam as liberdades consagradas na Constituição, eivando, caso isso aconteça, de vício de inconstitucionalidade (*op. cit.*, p. 524).

6.1.2.5.2. Os Direitos Fundamentais Procedimentais

Peter Haberle lançou a ideia do *status activus processualis* na década de 70, atribuindo ao direito de participação no procedimento[444] uma posição subjetiva correspondente aos direitos fundamentais. Noutras palavras, a participação procedimental constitui também o exercício de um direito fundamental[445] [446].

Essa concepção tem fundamento na ideia de Estado, democratização através da participação e liberdade através do procedimento, que representam uma compreensão dos direitos fundamentais mais otimizada, democraticamente dinâmica e socialmente enraizada. Logo, a sistemática desses direitos passam a figurar também como política de direitos fundamentais processualmente concretizada ou a concretizar pelo Estado incumbido de prestações[447].

---

[444] Segundo os ensinamentos de J. J. GOMES CANOTILHO, O procedimento é um sistema de regras e/ou princípios que visam a obtenção de um resultado determinado e que, a justa conformação do procedimento, no âmbito dos direitos fundamentais permite, pelo menos, a presunção de que o resultado obtido através da observância do *iter procedimental* é, com razoável probabilidade, adequado aos direitos fundamentais. Esses direitos implicam na criação, pelo Legislador, de determinadas normas procedimentais ou processuais e no direito à interpretação e à aplicação correta, pelo juiz, das normas e princípios procedimentais. (Constituição e Défice Procedimental. *In: Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 75-76).

[445] CANOTILHO, J. J. GOMES. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: vol. LXVI, 1990, p. 155.

[446] É importante registrar que o ramo do direito processual difere as normas processuais das procedimentais, muito embora não seja possível identificar, com nitidez, normas alusivas a um e a outro (DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *op. cit.*, p. 85). A ideia narrada nesse tópico não revela necessidade de diferenciação. Podem haver direitos fundamentais advindos de normas de cunho processual ou procedimental. Apenas para não deixar vaga a afirmação, Processo seria "o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa ao direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto. (...) Em outras palavras, é o procedimento que, nos diferentes tipos de demanda, define e ordena os diversos atos processuais necessários." (THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *op. cit.*, p. 52-53). As decisões judiciais seriam normas de cunho processual. Neste sentido: WAMBIER, LUIZ RODRIGUES; ALMEIDA, FÁVIO RENATO CORREIA; TALAMINI, EDUARDO. *op. cit.*, p. 157 e SLAIBI FILHO, NAGIB. *op. cit.*, p. 281-282.

[447] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Constituição e Défice Procedimental*. p. 73-74.

Como já asseverado, a participação da população no exercício do poder do Estado está intimamente ligada à noção de democracia. A jurisdição, que se utiliza do processo como instrumento para promover a proteção dos direitos fundamentais materiais, necessita de um procedimento que torne isso possível, e a participação do cidadão nesse procedimento visando influenciar a formação da vontade do Estado (exercício do poder), irá propiciar a salvaguarda de seus direitos e interesses, legitimando o exercício da jurisdição[448].

A consagração de normas processuais na Constituição revela um fenômeno que se vem chamando de "constitucionalização do direito", o qual confere *status* de supralegalidade constitucional àquelas matérias antes tratadas em nível infraconstitucional, constituindo um sistema de garantias constitucionais individuais e do processo[449].

Então o direito processual ganha *status* constitucional e passa a gerar uma série de postulados básicos para a construção de um processo justo (através dos direitos e garantias fundamentais), enquadrando esses direitos como direito à participação na organização e no procedimento[450] [451].

Repetimos: o *status activus processualis* constitui num direito de participação no procedimento que convolará numa decisão dos poderes públicos[452], afinal, as tomadas de decisões e o exercício dos poderes serão mais bem aceitos se os indivíduos puderem participar ativamente no conjunto

---

[448] MARINONI, LUIZ GUILHERME. *op. cit.*, p. 405-406.

[449] DANTAS, IVO. *Constituição & Processo*. vol. I. Curitiba: Editora Juruá, 2004, p. 93.

[450] Fala-se em um direito fundamental procedimental pautado na sua dimensão organizacional e procedimental. Procedimento, neste sentido, é entendido em sentido amplo, constituindo um sistema de regras e/ou princípios destinados à consecução de determinados resultados. Segundo INGO WOLFGANG SARLET, esta concepção ampla de procedimento demonstra de forma clara que as normas de organização e procedimento devem ser configuradas de um modo conforme aos direitos fundamentais, de tal sorte que, partindo-se de um conceito abrangente de procedimento (o qual inclui também as normas de organização), se poderia falar simplesmente em direitos aos procedimentos ou direitos procedurais, como costuma ocorrer na doutrina (*op. cit.*, p. 450-451).

[451] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 180.

[452] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Constituição e Défice Procedimental*. *op. cit.*, p. 73.

de atos que antecedem à decisão, contribuindo para um resultado favorável aos seus interesses[453].

Na década de 80 os direitos processuais deixam de ter seus fundamentos tão somente na democracia e passaram a figurar como uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais[454].

É incumbência da jurisdição promover pela reparação ou proteção de direitos fundamentais materiais violados ou ameaçados, e, para que a jurisdição atue eficazmente, há a necessidade de um instrumento que a viabilize. De nada adiantaria a norma material, moderna e coerente, se inexistissem meios de torná-la concreta, ativa, ante o caso concreto. Esse instrumento é o processo[455] [456]. Aliás, jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis, no sentido de que o direito à jurisdição constitui também um direito ao processo, este como meio indispensável à realização da Justiça[457] [458].

O processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos. É o módulo legal que, ancorado na participação, legitima a atividade jurisdicional. É a via que propicia a participação popular no poder e consequentemente a que propicia a possibilidade da população reivindicar a proteção dos direitos fundamentais[459].

---

[453] LOPES FILHO, JURACI MOURÃO. Direitos e garantias fundamentais: garantias processuais e garantias materiais. *Revista de Opinião Jurídica*. Fortaleza: ano 3, n. 6, 2005, p. 206.

[454] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Constituição e Défice Procedimental*. *op. cit.*, p. 74.

[455] ALMEIDA, FLÁVIO RENATO CORREIA. *Da Fundamentação das Decisões Judiciais*. *op. cit.*, p. 196.

[456] Mesmo sendo através do direito de ação, constitucionalmente protegido, que se provoca a jurisdição, é através do instrumento "processo" que esse exercício do direito de ação irá se materializar.

[457] THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *op. cit.*, p. 52

[458] No sistema contemporâneo o processo reveste-se de dois objetivos marcantes: Um primeiro relacionado à proteção dos direitos individuais; e um segundo como instrumento da verificação e proteção da ordem jurídica. Em ambos os casos, a proteção dos institutos processuais torna-os direitos fundamentais (DELGADO, JOSÉ AUGUSTO. *op. cit.*, p. 322.)

[459] MARINONI, LUIZ GUILHERME. *op. cit.*, p. 466-467.

Esse processo desenvolve-se através de um procedimento, de normas processuais ou procedimentais. Reconhecer que essas normas são direitos fundamentais é proteger o maior, e único, instrumento de exercício da jurisdição e consequentemente, de defesa dos direitos fundamentais[460].

Essas normas procedimentais podem ser chamadas de garantias do processo[461] – isso porque o processo constitui também um direito –, pois asseguram seu perfeito e íntegro funcionamento, de modo a propiciar a efetiva tutela do Estado contra lesão ou ameaça aos direitos dos cidadãos[462], constituindo, além de uma garantia, verdadeiramente um direito fundamental. Daí a estreita relação entre os direitos fundamentais processuais e as garantias.

Demonstra-se, dessa forma, o crescente comprometimento para a promoção da dignidade da pessoa humana com a efetividade da tutela jurisdicional no contexto de Estado Democrático de Direito[463].

Quando Harberle nos fala em um *status activus processualis*, está nos falando de um conteúdo e de uma função democrática ampliada dos direitos fundamentais[464], pois, se é o processo que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão quando violados ou ameaçados[465], inclusive sendo o instrumento para a efetivação da dimensão subjetiva, não se pode deixar os institutos processuais constitucionais à margem da proteção atribuída aos direitos e garantias fundamentais. Seria o mesmo que proteger o mais com o menos. Haberle reconheceu que o cidadão

---

460 Os direito procedimentais resgatam a concepção clássica dos direitos de defesa, pois possibilitam um espaço de autodeterminação e de liberdade de decisão procedimentalmente garantido perante os poderes públicos. Daí a dimensão do *status negativus* inerentes também aos direitos processuais ou procedimentais numa concepção de liberdade perante o Estado (CANOTILHO, J. J. GOMES. *Constituição e Défice Procedimental*. *op. cit.*, p. 74.)

461 A estreita relação entre garantias fundamentais e direitos fundamentais procedimentais será revelado no item referente às garantias fundamentais.

462 ALMEIDA, FLÁVIO RENATO CORREIA. *op. cit.*, p. 196-197.

463 MARTINS, SAMIR JOSÉ CAETANO. *op. cit.*, p. 111.

464 SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 196.

465 DELGADO, JOSÉ AUGUSTO. *op. cit.*, p. 324.

se utiliza de direitos subjetivos procedimentais[466] para fazer valer seus direitos fundamentais materiais.

Portanto, os Direitos Fundamentais alcançaram uma dimensão dinâmica, ultrapassando a concepção de seu conteúdo, abarcando também uma necessidade de ser compreendido através de sua forma de efetivação, ou seja, procedimentalmente[467]. Até porque, a grande essência dos direitos fundamentais é a possibilidade do indivíduo, utilizando da dimensão subjetiva que lhe é outorgada, se opor ao Estado, o que será feito através das normas procedimentais – do processo.

Note-se que a atribuição de um *status activus processualis* à teoria dos direitos fundamentais concede ao cidadão a possibilidade de desfrutar de institutos jurídico–processuais que hão de possibilitar uma influência direta nas decisões dos poderes públicos que possam afetar seus direitos[468]. Tal faculdade dos cidadãos estaria diretamente relacionada a um direito a autodeterminação para o desenvolvimento de sua personalidade.

Nesta linha, considerando que o juiz tem um dever de proteção dos direitos fundamentais, o reconhecimento dos direitos fundamentais processuais pressupõe também seriedade com o poder-dever em agir de forma adequada

---

[466] Sobre a existência de um direito subjetivo no procedimento, assevera J. J. GOMES CANOTILHO, que "Em termos teóricos, a existência de um direito subjectivo no procedimento/processo poderia desenvolver-se a partir da tese de Goerlich: qualquer direito material postula uma dimensão procedimental/processual, e, por isso, reconhecer um direito material constitucional implica, necessariamente, reconhecer um direito subjetivo do procedimento/processo, como indispensável para garantir a eficácia do direito material. // Embora esta "subjetivação" seja dificilmente contestável em alguns direitos, talvez não seja legítimo afirmar, em abstracto, que a um dever do Estado, no sentido de "criar" e "assegurar", sob o ponto de vista processual/procedimental, a eficácia (efectividade) de um direito, corresponda sempre um direito subjectivo do particular ao processo e procedimento" (*Constituição e Défice Procedimental*. *op. cit.*, p. 73).

[467] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3.ª edição. *op. cit.*, p. 93.

[468] CANOTILHO, J. J. GOMES. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. *op. cit.*, p. 155.

na interpretação e formatação do processo e dos procedimentos, assim como com as técnicas processuais de tutela de direitos[469].

Essa concepção contrapõe os direitos fundamentais materiais ou direitos das pessoas nas situações da vida constitucionalmente garantidas, dos direitos fundamentais procedimentais ou direitos de pessoas conexas com procedimentos relativos às funções ou órgãos do poder público[470].

Logo, os indivíduos utilizam de direitos fundamentais procedimentais para fazer valer seus direitos fundamentais materiais. Para uma decisão ser legítima, o juiz deve observar o procedimento, pois só assim será possível assegurar uma decisão justa, ou conforme o conteúdo material dos direitos fundamentais[471].

Bastaria, contudo, definir se a fundamentação das decisões judiciais pode ser enquadrada como um direito de participação no procedimento, de forma a constituir um *status activus processualis*.

Certo é, como já mencionamos, que o indivíduo goza de mecanismos que lhe irão possibilitar a participação no procedimento jurisdicional, contribuindo para um provimento final favorável ao seus interesses, a exemplo do contraditório e da ampla defesa que permitirá se defender e se manifestar sobre todos os argumentos e provas produzidas pela parte contrária, a fim de possibilitar a garantia de seus direitos.

Entretanto, a decisão judicial, que sem dúvida reveste-se de natureza processual, pode não parecer, pelo menos a princípio, participação do indivíduo no procedimento, mas será o produto final da consequência dessa participação, onde o julgador irá colher o que foi plantado pelas partes através dos procedimentos.

---

[469] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 197.

[470] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3.ª edição. *op. cit.*, p. 94.

[471] MARINONI, LUIZ GUILHERME. *op. cit.*, p. 454-455.

Os direitos procedimentais contribuem para a formação da vontade do Estado. A decisão devidamente fundamentada é propriamente a vontade do Estado. Seria, portanto, a decisão fundamentada, um mecanismo de participação posto em favor do indivíduo para fazer valer seus direitos/interesses?

É na fundamentação da decisão que o indivíduo irá verificar o gozo de seus direitos procedimentais; é na fundamentação que ele buscará respostas sobre a efetividade do exercício dos direitos procedimentais para salvaguarda dos direitos fundamentais materiais; é na fundamentação que o indivíduo irá analisar se sua luta através do procedimento propiciou a participação na formação da convicção do juiz.

O juiz exerce a função jurisdicional e as partes sofrem os efeitos da decisão final, constituindo esta a expressão mais importante do exercício do poder pelo juiz[472].

De que adiantaria garantir o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, ou até mesmo o devido processo legal, se o jurisdicionado não puder aquilatar se o uso de seus direitos subjetivos procedimentais (os citados direitos ao contraditório e etc.) contribuiu para a formação do convencimento do juiz? Ou se apesar de todos os exercícios de seus direitos procedimentais, ainda assim o direito material não acobertava sua pretensão?

Em suma, conforme asseverado no tópico relativo à conexão da motivação com outros princípios constitucionais, a obrigatoriedade da fundamentação é intimamente correlata ao direito das partes de influir sobre a decisão, principalmente em condições de igualdade, dando-lhes a oportunidade de verificar “se” e “de que modo” essa influência teria ocorrido, assim como as razões pelas quais deixou de acontecer, na medida em que tenham tido a

---

[472] MARINONI, LUIZ GUILHERME. *op. cit.*, p. 454.

concreta possibilidade de valer-se dos direitos procedimentais para o idôneo exercício das próprias razões[473].

O dever de enunciar os motivos da decisão implica em considerar os resultados do contraditório e, ao mesmo tempo, demonstrar que o *iter* de formulação do provimento desenvolveu-se à luz da participação dos interessados[474]. Assim, os direitos de participação não se limitam às manifestações das partes, mas também a consideração dessas manifestações[475].

Logo, a observância do procedimento ou da participação não é suficiente para conferir legitimidade à decisão. É necessário demonstrar que esse procedimento e a participação foram ponderados quando da formação da vontade do Estado.

Nesse sentido, o direito à decisão motivada corresponde também, e um dos mais importantes, direitos fundamentais processuais, fruto do *status activus processualis*[476].

6.1.2.6. Titularidade do Direito Fundamental à Fundamentação

A questão que pretendemos responder aqui é quem são os titulares do direito fundamental à fundamentação, ou seja, quem são as pessoas que poderão utilizar de seu direito subjetivo para fazer valer o dito princípio. Nesse sentido não são titulares tão somente as partes, pois como já dito o direito a uma decisão fundamentada extrapola o âmbito processual e avança sobre toda a sociedade.

---

[473] PERO, MARIA THEREZA GONÇALVES. *op. cit.*, p. 61-62.

[474] COLESANTI, VITTORIO. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. *In*: *Rivista di Diritti Processuale*. 30(4): 612. 1975. *Apud* GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. *op. cit.*, p. 16.

[475] MANZI, JOSÉ ERNESTO. *op. cit.*, p. 65.

[476] Neste sentido: MARINONI, LUIZ GUILHERME. *op. cit.*, p. 407-408.

Por regra as normas constitucionais têm como destinatários os poderes públicos – Executivo, Legislativo e Judiciário –, que, ao exercerem suas funções, tornam-se destinatários diretos, primeiros e imediatos dos direitos fundamentais. As normas constitucionais restringem a órbita de ação dos poderes públicos, sendo tal característica a própria essência da Constituição[477]. Os indivíduos seriam destinatários indiretos, secundários ou mediatos, pois dependem de aplicação dos direitos e garantias fundamentais por parte desses poderes públicos[478]. Contudo, analisaremos a relação dos indivíduos e não do Estado[479].

A titularidade dos direitos fundamentais se estabelece sob a ótica do princípio da universalidade. De acordo com esse princípio, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive em razão da nova concepção do princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas nas Constituições, como é o caso da distinção entre brasileiros natos e naturalizados, ou relativas aos estrangeiros, previstos na Constituição brasileira[480].

O princípio da universalidade estabelece uma noção de que todos que fizerem parte da comunidade política fazem parte da comunidade jurídica, sendo titulares de direitos e deveres ali consagrados. Em assim o sendo os direitos fundamentais têm como sujeitos todas as pessoas integradas à comunidade política[481].

---

[477] DINIZ, MARIA HELENA. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 13.
[478] BULOS, UADI LAMMÊGO. *Curso de Direito Constitucional*. *op. cit.*, p. 408.
[479] Essa concepção será abordada no tópico relativo à natureza jurídica de dever constitucional do Estado, onde o Estado será o destinatário do dito comando constitucional.
[480] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 210.
[481] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. *op. cit.*, p. 231

Aqui, por ser objeto de estudo o dever de fundamentação das decisões judiciais, devemos já de plano asseverar que todos os indivíduos que buscarem a tutela jurisdicional serão titulares de um direito fundamental à decisão devidamente motivada. Não há que se diferenciar aqui se este indivíduo é cidadão daquele Estado ou de Estado estrangeiro[482]. Certo é que, se provocar a jurisdição, terá um direito e uma garantia fundamental à decisão motivada.

---

[482] Vide, por exemplo, a controvérsia quanto a titularidade de direitos fundamentais por parte de um estrangeiro no sistema constitucional brasileiro. A Constituição, em seu artigo 5., caput, faz menção "aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País", o que por si só já é possível de estabelecer algumas distinções quanto a titularidade dos direitos fundamentais entre ambos, a exemplo dos direitos de nacionalidade – na expressão não se faz qualquer distinção a brasileiros natos ou naturalizados –. Contudo, por estarmos nos referindo ao direito fundamental à decisão motivada, tal distinção é irrelevante, posto que todos terão direito a ela. Ademais, o próprio estrangeiro não residente no país terá direito fundamental a uma decisão motivada. O Supremo Tribunal Federal brasileiro já se manifestou reiteradas vezes acerca do assunto, inclusive assegurando-os o devido processo legal, cuja fundamentação é decorrente. Vide, a exemplo: Processo de Extradição n. 633, do Supremo Tribunal Federal, que teve o Ministro Relator Celso de Mello e foi julgado em 28/08/1996, que assim dispõe: "A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro - que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional - assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II)". E complementa: "O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a quem foi dirigido o pedido de extradição. A possibilidade de ocorrer a privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado - garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante - impede o válido deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, Rel. Min. CELSO DE MELLO)". Portanto claramente demonstrado a titularidade do direito-garantia fundamental à decisão motivada mesmo ao estrangeiro não residente no Brasil, fazendo uma interpretação extensiva do texto constitucional.

Ademais, apenas para citar, mesmo aquele que não detém mais a graça da vida e aquele cuja vida está em formação (embrião), são titulares do direito fundamental à decisão motivada quando figurarem em juízo[483].

Outra questão que pode gerar dúvidas é quanto à titularidade por parte das pessoas jurídicas, ao menos no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, já que no português a própria Constituição tratou da matéria no artigo 12.º/2, bem como, a exemplo, o ordenamento alemão tratou no artigo 19, III, de sua Lei Fundamental. A doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecem a titularidade da pessoa jurídica no que tange aos direitos fundamentais[484], ressalvadas as hipóteses de limitações decorrentes da condição de pessoa jurídica[485], até porque alguns direitos têm originariamente as pessoas jurídicas como únicos destinatários[486]. Logo, é reconhecido hoje que os direitos fundamentais não são destinados apenas à pessoa humana[487].

As pessoas jurídicas só são titulares dos direitos que são compatíveis com a sua natureza, já o indivíduo é titular de todos os direitos fundamentais, salvo aqueles que forem concedidos apenas às pessoas jurídicas[488].

A condição de pessoa jurídica nada a impede de ser titular do direito a ter uma decisão fundamentada.

---

[483] Sobre a hipótese de se atribuir titularidade dos direitos fundamentais aos embriões e nos limites da vida *post mortem*, vide SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 219.

[484] A exemplo, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro chegou a editar súmula reconhecendo à pessoa jurídica o direito à honra objetiva, sendo passível de sofrer dano moral (Súmula 227 do STJ).

[485] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 222.

[486] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p.. 349.

[487] Neste sentido: MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 349, e PAULO, VICENTE; ALEXANDRINO, MARCELO. *op. cit.*, p. 100.

[488] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. *op. cit.*, p. 235.

Até este momento podemos concluir que qualquer indivíduo, mesmo que estrangeiro, mesmo que “de passagem”, o falecido e o embrião, quando forem partes em um processo judicial, serão titulares do direito fundamental à decisão motivada. Podemos acrescentar aqui, também como titular de direitos fundamentais, aquelas pessoas com personalidade jurídica atípica ou entes despersonalizados, como os condomínios, o espólio e a massa falida[489], bem como ainda o apátrida[490].

Entretanto, a maior questão é: Se o Estado pode figurar como parte em uma relação processual, poderá ele ser titular de um direito fundamental à decisão fundamentada? Tem o Estado um direito fundamental à informação quanto à salvaguarda de seus direitos, perante o próprio Estado? Tem o Estado um direito fundamental procedimental?

Para instarmos tal discussão é necessário então afirmar que a pessoa jurídica sobre a qual não pairam dúvidas, citada anteriormente, é a pessoa jurídica de direito privado.

A pessoa jurídica de direito público, em regra, é considerada destinatária da vinculação dos direitos fundamentais, na condição de sujeito passivo da obrigação de proteção dos direitos fundamentais, de forma que, em termos gerais, às pessoas jurídicas de direito público têm-se recusado a titularidade de direitos fundamentais[491], ao menos dos clássicos direitos fundamentais.

Essa teoria tem por fundamento a premissa de que uma entidade a quem caiba a tutela e a promoção dos direitos fundamentais não pode ser ao mesmo tempo titular desses direitos.

---

[489] SPITZCOVSKY, CELSO; MOTA, LEDA PEREIRA. *op. cit.*, p. 382. No mesmo sentido: SILVA, ROBERTO BAPTISTA DIAS. *Manual de Direito Constitucional*. Barueri: Editora Manole, 2007, p. 300.

[490] MORAES, GUILHERME PEÑA. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 505.

[491] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit,*, p. 223.

A corrente doutrinária que nega a titularidade o faz com base em dois argumentos: Um primeiro de que os direitos fundamentais surgem da ideia de uma esfera de liberdade perante os poderes públicos, não sendo concebível gozarem as corporações, instituições ou fundações de direito público da titularidade de direitos fundamentais no exercício de tarefas públicas (argumento da natureza dos direitos fundamentais); já um segundo argumento é o de que seria incompatível considerar o Estado como destinatário e simultaneamente como titular dos direitos fundamentais (argumento da "identidade" ou da "confusão"). No caso de violação aos direitos de uma entidade pública, por parte de outra entidade pública, estaríamos diante de um conflito de competências[492].

Em sentido contrário assevera Ingo Sarlet que, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, tal como consagrado na Constituição brasileira e na portuguesa, onde o Estado e a Sociedade não são setores isolados da existência sócio-jurídica, sendo precisamente no amplo espaço do público que o indivíduo logra desenvolver livremente sua personalidade[493] por meio de sua participação comunitária, viabilizada, em especial, por meio dos direitos políticos e dos direitos de comunicação e expressão. Assim não há como deixar de conhecer a pessoas jurídicas de direito público, evidentemente consideradas as peculiaridades do caso, a titularidade de determinados direitos fundamentais[494].

Relevante também é a consideração de Benito Aláez Corral que propõe que, em regra, não seja traçada distinção entre pessoas jurídicas de direito privado das de direito público, de tal sorte que a todas as pessoas

---

[492] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. *op. cit.*, p. 422.

[493] Cumpre asseverar que o desenvolvimento da personalidade só é aplicável às pessoas físicas – indivíduos. Vide, a exemplo: PINTO, PAULO MOTA. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra Editora, 1999.

[494] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 223-224.

jurídicas deve ser atribuída a titularidade de todos os direitos fundamentais que sejam compatíveis com a sua condição de pessoa jurídica[495].

Não vamos aqui adentrar nessa discussão geral, iremos abordar tão somente o direito fundamental à decisão motivada.

Podem ocorrer situações em que o Estado esteja em uma posição típica de sujeição, e não em uma posição de proeminência ou de poder[496]. Como é o caso da posição que o Estado se encontra quando figura como parte em um processo judicial.

Logo, é possível identificar algumas hipóteses onde a pessoa jurídica de direito público adquirirá a titularidade de direitos fundamentais, principalmente na esfera dos direitos de cunho processual[497]. Konrad Hesse cita como exemplo o direito de ser ouvido em juízo e o direito ao juiz predeterminado por lei[498], onde podemos acrescentar ainda o direito à igualdade de armas, o direito à ampla defesa e ao contraditório, ao devido processo legal, e à decisão judicial fundamentada.

---

495 CORRAL, BENITO ALÁEZ. Los sujetos de los derechos fundamentales. *In*: *Teoría general de los derechos fundamentales em la Constitución Española de 1978*. Madrid: Editora Tecnos, 2004, p. 90, *Apud* SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 224.

496 CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. *op. cit.*, p. 423.

497 SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 224. Apenas a título de informação, o autor cita ainda casos em que a pessoa jurídica de direito público será titular de direitos fundamentais materiais, "como é o caso das Universidades (v.a autonomia universitária assegurada no art. 207 da CF), órgãos de comunicação social (televisão, rádio, etc.), corporações profissionais, autarquias e até mesmo fundações, que podem, a depender das circunstâncias, ser titulares do direito de propriedade, de posições defensivas em relação a intervenções indevidas na sua esfera de autonomia, liberdade comunicativas, entre outros". No mesmo sentido, admitindo a titularidade dos direitos fundamentais procedimentais às pessoas jurídicas de direito público: MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 350.

498 HESSE, KONRAD. Significado de los derechos fundamentales. *Manual de Derecho Constitucional*, p. 106, *Apud:* MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 349.

O próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro já entendeu que a igualdade de armas é também prerrogativa da acusação pública, no processo penal[499].

Assim, quando o Estado figura como parte em um processo judicial não está em situação de exercício de poder, e nem mesmo de proeminência, mas sim de sujeição ao poder assim como a outra parte, justificando a titularidade dos direitos fundamentais processuais para que possa ter uma igualdade de tratamento como parte, para proteger seus direitos, a exemplo dos já citados devido processo legal, ampla defesa, contraditório, e como é o objeto de interesse, uma decisão fundamentada[500].

Apenas para registro, o Estado, regra geral, quando figura como parte no processo judicial vem defender interesses da coletividade. Assim, a decisão que poderá intervir na esfera dos interesses do Estado estará de forma reflexa atingindo os interesses da sociedade. Nada mais justificável que atribuir a titularidade de direitos fundamentais processuais, como é o caso do direito a ter uma decisão fundamentada, para que o Estado, bem como a própria sociedade, possa ser convencido de que o direito foi aplicado e que a decisão que interviu nos interesses do Estado é legítima e pautada nos melhores preceitos do direito e de justiça.

Aliás, já que a posição do Estado é de sujeição e pelo fato dele agir em nome da sociedade, devemos reconhecer um direito à informação sobre a

---

[499] Habeas Corpus n. 70.514 proveniente do Rio Grande do Sul, Relator Ministro Sydney Sanches, julgamento em 23/03/1994, publicado em 27/06/1997.

[500] Admitindo a pessoa jurídica de direito público como sendo titular de direitos fundamentais, ao menos os processuais: MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 350; SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 224; CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. *op. cit.*, p. 423; PAULO, VICENTE; ALEXANDRINO, MARCELO. *op. cit.*, p. 100, chegando ao ponto de afirmar que "modernamente, as Constituições asseguram, ainda, direitos fundamentais à pessoas estatais, isto é, o próprio Estado passou a ser considerado titular de direitos fundamentais"; MORAES, GUILHERME PEÑA. *op. cit.*, p. 505, e FACHIN, ZULMAR. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 220.

intervenção do Estado-poder na esfera dos direitos do Estado-parte, sem contar o direito fundamental à informação que o indivíduo, estranho à relação processual, goza em face daquela decisão.

Por fim pontuamos que a atribuição da titularidade dos direitos fundamentais relaciona-se diretamente com a capacidade para o seu exercício[501]. No que tange ao direito à decisão judicial fundamentada, qualquer parte que tenha capacidade para estar em juízo, mesmo que representada ou assistida, terá essa titularidade. Além dessas, por já ter sido ressaltado no desenvolver desse trabalho, os destinatários da fundamentação não são tão somente as partes envolvidas no litigio, mas a sociedade no geral, bem como o tribunal.

Portanto, não serão titulares apenas aquelas partes envolvidas no litígio, mas também será titular qualquer indivíduo constante daquela comunidade jurídico-política que tenha interesse na informação coletada através da fundamentação da decisão judicial, independentemente de estar figurando no polo daquela relação processual. Dado o caráter público das decisões, qualquer um tem o direito de saber quais as razões, os fundamentos, que levaram aquele magistrado àquela conclusão, podendo se utilizar dos devidos instrumentos para fazer valer seu direito subjetivo.

Logo, os direitos fundamentais processuais terão com destinatários apenas as partes envolvidas no litígio, e assim o dever de fundamentação como direito fundamental processual outorga a quem esteja naquela condição, inclusive o próprio Estado, a titularidade. Por outro lado, o direito à informação perante o Estado outorga a titularidade a qualquer indivíduo, mesmo aqueles estranhos à relação processual, sendo importante registrar ainda que quando houver alguma limitação à publicidade da decisão, o direito fundamental à informação por parte de qualquer um da sociedade, estranho àquela relação

---

[501] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. *op. cit.*, p. 233.

processual, estará restringido. Neste caso o exercício do direito subjetivo estará limitado às partes envolvidas no litígio.

6.1.3. Natureza Jurídica de Garantia Fundamental

Retomamos agora a ideia de garantia fundamental para desenvolvermos o tema relativo à caracterização do dever de fundamentação como sendo um instrumento de garantia de outros direitos[502].

As garantias servem para possibilitar que o indivíduo faça valer frente ao Estado os seus direitos fundamentais[503], formando um sistema de proteção social, política e jurídica desses direitos[504]. Assim, as garantias servem tanto para que os cidadãos possam exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos fundamentais, tanto no reconhecimento de meios processuais adequados para essa finalidade[505]. As garantias apresentam um papel instrumental em relação aos direitos fundamentais, servindo como instrumentos de efetivação dos direitos por elas protegidos[506].

Garantia, no sentido da etimologia da palavra, deriva do alemão *gewähren-gewährleistung* (concessão da garantia), cujo significado reflete uma posição que afirma a segurança e põe cobro à incerteza e à fragilidade, sendo necessária face de um interesse que demanda proteção e face de um perigo que se deve conjurar [507].

---

502 Para JOSÉ CARLOS FRANCISCO, ao conceituar o termo "garantias fundamentais" no Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional, o conceitua como: "Prerrogativas que protegem, reparam e concretizam direitos indispensáveis à realização da natureza humana ou à convivência" (FRANCISCO, JOSÉ CARLOS. *In:* DIMOULIS, DIMITRI (coord.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 163).

503 PAULO, VICENTE; ALEXANDRINO, MARCELO. *op. cit.*, p. 96.

504 SILVA, JOSÉ AFONSO. *op. cit.*, p. 189.

505 CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. *op. cit.*, p. 396.

506 Neste sentido: SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 179; SILVA, JOSÉ AFONSO. *op. cit.*, p. 189 e MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª edição. *op. cit.*, p. 114.

507 BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 15.° Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 525.

Garantia, portanto, é a instituição criada em favor do individuo para que, armado com ela, possa ter meios de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais[508], através de imposições, positivas ou negativas, que irão limitar a conduta dos órgãos do poder público. Já analisadas *lato sensu*, constituem disposições que conferem aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos[509].

Não se pode, contudo, confundir as garantias fundamentais com os remédios constitucionais[510], isto é, com medidas ou processos especiais, previstos na Constituição, para a defesa de direitos violados. As garantias, ao contrário dos remédios, buscam prevenir, não corrigir, correspondendo a barreiras contra violações aos direitos fundamentais[511].

Enquanto objeto do direito constitucional, as garantias têm função de proteção das pessoas, concedendo a possibilidade destas pessoas nelas se apoiarem para defender a sua personalidade[512]. Nesse sentido, o dever de fundamentação se manifesta como garantia fundamental aos direitos fundamentais[513].

Assim como os direitos fundamentais, muitas garantias revestem-se de um cunho processual. Essas são chamadas de garantias processuais[514].

---

[508] VIAMONTE, CARLOS SÁNCHEZ. *El "Habeas Corpus": La libertad y su Garantia*, p. 01, *Apud:* BONAVIDES, PAULO. *op. cit.*, p. 527

[509] SILVA, JOSÉ AFONSO. *op. cit.*, p. 189.

[510] Remédios Constitucionais no sentido de uma espécie de ação judicial que visa proteger categoria especial de direitos subjetivos públicos. A expressão "garantias fundamentais" é utilizada, por vezes, para referir aos remédios constitucionais, entretanto, estes são garantias das garantias, pois são a via judicial destinada à proteção das regras que protegem os direitos fundamentais (FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *op. cit.*, p. 294 e 318).

[511] FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *op. cit.*, p. 293.

[512] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª edição. *op. cit.*, p. 115.

[513] BULOS, UADI LAMMÊGO. *Curso de Direito Constitucional*. *op. cit.*, p. 405.

[514] Já citamos as garantias quando falamos dos direitos fundamentais processuais, inclusive fazendo registrar que alguns direitos são ao mesmo tempo garantias, fenômeno esse que recebe o nome de direitos-garantia.

Parcela da doutrina diferencia conceitualmente garantia constitucional processual e garantia processual constitucional[515].

Essas garantias processuais também estabelecem relação com normas instrumentais. Em sendo o processo o instrumento da jurisdição, não pode ser afastado pela autoridade imbuída do poder de julgar, já que é também uma garantia constitucional – garantia ao processo[516] [517].

J. J. Gomes Canotilho assevera que "rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de protecção dos direitos"[518].

É sob esse aspecto procedimental que as garantias e os direitos procedimentais interpenetram-se sem se confundirem. Os direitos procedimentais substantivos são direitos *stricto sensu*, mas reconduzem-se a garantias os direitos fundamentais adjetivos[519].

Aqui estabelece a relação já citada do dever de fundamentação como sendo um direito fundamental *stricto sensu* manifestado como fruto do direito à informação, bem como no sentido de direito processual que visa garantir outros direitos, ao qual reporta à noção de garantia.

---

[515] O Direito Processual Constitucional tem a finalidade de estudar as atividades relacionadas com a defesa da Constituição, garantindo o respeito da hierarquia normativa. Sem ele, o Direito Constitucional não pode se efetivar. Por sua vez, o Direito Constitucional Processual se ocupa de algumas instituições processuais reputadas imprescindíveis pelo Legislador Constituinte. Tutela-se, a nível constitucional, os princípios processuais que constituem a base de todo o ordenamento jurídico. Esses são os direitos e as garantias fundamentais processuais (AGRA, WALBER DE MOURA. *op. cit.*, p. 211). No mesmo sentido: NERY JÚNIOR, NELSON. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 41; DANTAS, PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO. *op. cit.*, p. 12; MEDINA, PAULO ROBERTO DE GOUVÊA. *Direito Processual Constitucional*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 03.

[516] REIS, FRANCIS VANINE DE ANDRADE. *op. cit.*. Vol. I, n.º 20, out. 2008, p. 839.

[517] Sobre o processo como garantia: GONÇALVES, WILLIAM COUTO. *Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

[518] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. *op. cit.*, p. 396.

[519] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª edição. *op. cit.*, p. 114.

O dever de fundamentação, haja vista seu espírito de norma processual, constitui, portanto, um mecanismo para garantir vários outros direitos, sobretudo os fundamentais. Qualquer direito que se pretenda ter reconhecido através da prestação jurisdicional será revelado pela fundamentação das decisões judiciais, sendo esta garantia daqueles. A fundamentação garante ainda uma prestação jurisdicional pautada na lei, na preservação dos direitos, na eficiência, moralidade, etc.

Houve época em que o princípio da motivação das decisões judiciais era tão somente tratado como uma garantia técnica do processo, onde era vista como garantia da própria jurisdição, entretanto, em uma concepção atual do princípio, o dever de fundamentação constitui uma garantia política, por ter conquistado destinatários que extrapolam aquelas pessoas vinculadas ao processo[520]. Assim surge a ideia da fundamentação como garantia institucional, que iremos abordar no tópico a seguir.

A fundamentação constitui, além de tantos outros, instrumento destinado a permitir a acessibilidade ao Poder Judiciário, além de ser instrumento contra possíveis excessos do Estado-juiz[521].

Sem se estender, pois poderíamos nomear inúmeros direitos cujo dever de fundamentação vem a garantir[522], cumpre ressaltar a tendência atual

---

[520] BULOS, UADI LAMMÊGO. *Curso de Direito Constitucional*. *op. cit.*, p. 540. No mesmo sentido, SORAYA REGINA GASPARETTO LUNARDI, ao conceituar o termo "motivação das decisões" *In: Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. *op. cit.*, p. 239.

[521] O Supremo Tribunal Federal brasileiro já se manifestou no sentido de que "A exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciais, quis o ordenamento jurídico enrigí-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais" (ATF, Habeas Corpus n. 68.202, Relator Ministro Celso de Mello, Publicado no Diário de Justiça de 15/03/1991).

[522] Dentre os quais podemos citar o devido processo legal, um dos alicerces do modelo constitucional de processo, sendo a estrutura metodológica normativa constitucional de garantia dos direitos fundamentais, que deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais a exemplo do direito ao amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; garantia do juízo natural; garantia do contraditório; garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a

de reconhecer o direito à tutela jurisdicional efetiva como um direito fundamental subjetivo, o que merece total reverência. Nesse sentido, a exigência de se fundamentar a decisão vem como forma de garantir a efetividade e a própria prestação jurisdicional[523].

Ou seja, o dever de fundamentação estabelece relação com o Estado de Democrático de Direito já que age como garantia do princípio da legalidade; garantia do exercício do segundo grau de jurisdição (ou garantia da impugnação); garantia da independência e da imparcialidade do juiz, pois não bastaria que o juiz se diga imparcial, é necessário que prove através da fundamentação; garantia ao exercício do direito de defesa das partes, de forma que fique provado que todos os meios de defesa por estas invocados foram objeto de apreço pela sentença; além de garantir o controle sobre a administração da justiça[524]

Por fim, asseveramos que as garantias fundamentais constituem também direitos subjetivos dos cidadãos, haja vista sua íntima ligação com os direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes[525].

Portanto, em sendo revestida de cunho procedimental e de inquestionável relação com a proteção dos direitos fundamentais, o dever de fundamentação pode ser enquadrado como uma garantia fundamental

---

ela inerentes, aí incluído o direito à presença de advogado ou defensor público; garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, dentre outras. Dessa forma a fundamentação vem garantir o próprio devido processo legal. (DIAS, RONALDO BRETAS DE CARVALHO. *op. cit.*, p. 293). Ademais, a motivação constitui garantia da própria administração da justiça, pois possibilita as partes, bem como a sociedade no geral, saber que a decisão não foi fruto de arbítrio e parcialidade (VALENTE, TARCÍSIO REGIS. Princípio da Motivação das Decisões Judiciais. *In:* ROMAR, CARLA TERESA MARTINS; SOUZA, OTÁVIO AUGUSTO REIS (coord.). *Temas Relevantes de Direito Material e Processual do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2000, p. 52).

[523] SIERRA, JERÓNIMO ROZAMENA. Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional. *Poder judicial*. 2ª epoca, n. 35, septiembre 1994, p. 29.

[524] TARUFFO, MICHELE. Notas Sobre a Garantia Constitucional da Motivação. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. ano de 1982, p. 28.

[525] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 179.

individual de qualquer direito fundamental material, mas sobretudo do acesso à jurisdição, à informação, à tutela jurisdicional efetiva, à imparcialidade do juiz, etc.[526].

6.1.4. Natureza Jurídica de Garantia Institucional

Outra espécie de garantia, diferente das garantias individuais abordadas no tópico anterior, são as garantias institucionais. Estas desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais[527], tendo por finalidade proteger determinadas instituições, visando, em primeiro lugar, assegurar a sua permanência, além de proteger invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade daquela instituição[528].

Dessa forma acaba por outorgar ao legislador um espaço maior ou menor de liberdade de conformação legal, mas lhe proíbe sempre a destruição, a descaracterização ou a desfiguração da instituição[529], reconhecendo que determinadas instituições de direito público, bem como institutos de direito privado, desempenham função de tamanha importância na ordem jurídica que devam ter seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservados[530].

As garantias institucionais em geral não outorgam direito subjetivo aos indivíduos, diferenciando nisso das garantias fundamentais, contudo pode haver casos em que um mesmo preceito garanta uma instituição e outorgue direito subjetivo ao indivíduo[531]. As garantias institucionais aproximam-se dos direitos fundamentais quando se exige, em face de intervenções limitativas do

---

526 ZAVARIZE, ROGÉRIO BELLENTANI. *op. cit.*, p. 44.

527 MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 346.

528 BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª Edição. *op. cit.*, p. 542.

529 ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA. *op. cit.*, p. 137.

530 MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 346-347.

531 Ibidem, p. 347.

legislador a salvaguarda de um mínimo essencial das instituições[532]. Assim, essas garantias podem ser consideradas espécies do gênero garantias fundamentais, que podem assumir o caráter de direito-garantia[533], até mesmo porque gozam do mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais, não sendo de extrema relevância delimitar o conceito de ambos[534].

Julgamos relevante a consideração acerca da fundamentação das decisões judiciais.

Já ficou consignada a posição de que o dever de fundamentação constitui um direito fundamental. Isso porque decorre do dever de informação do poder público e da instrumentalidade que se revestem alguns direitos fundamentais (processuais). A fundamentação é ainda uma garantia fundamental, pois acaba por assegurar o exercício de outros direitos. A questão é se podemos enquadrá-lo ainda como uma garantia institucional.

O Estado de Direito, basicamente – pois não vamos trazer todas as explicações já lançadas quando da abordagem do tema –, tem sua essência na submissão do Estado à lei, na separação dos poderes e na proteção dos direitos fundamentais, sendo um Estado que se justifica. Assim, a fundamentação das decisões como dever constitucional dos magistrados acaba por constituir um mecanismo de proteção do Estado de Direito.

Por outros motivos, que julgamos já estar claro no trabalho, podemos enquadrar o dever de fundamentação como garantia de proteção da democracia, da jurisdição[535], do Poder Judiciário[536], etc., sem o prejuízo, claro,

---

[532] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. *op. cit.*, p. 398.

[533] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 183. O Autor faz a devida ressalva de que as garantias institucionais não são necessariamente direitos fundamentais.

[534] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. *op. cit.*, p. 84.

[535] Sobre a fundamentação como garantia à jurisdição, vide: FERNANDES, ANTONIO SCARANCE. *Processo Penal Constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 135. No mesmo sentido, BULOS, UADI LAMMÊGO. *Constituição Federal Anotada*. *op. cit.*, p. 946 e MOREIRA, HELENA DELGADO RAMOS FIALHO. *Comentários à*

da função de garantir os direitos fundamentais individuais, constituindo, por essa cumulação de funções, natureza de direito subjetivo.

Nesse sentido a decisão fundamentada acaba por poder ser considerada uma garantia institucional em um Estado Democrático de Direito.

Apenas para considerar, o magistrado, ao prolatar uma decisão devidamente fundamentada, que cumpre todas as suas finalidades e requisitos, estará, com o único ato de fundamentar a decisão, protegendo o direito fundamental à informação, o direito fundamental procedimental, fazendo valer a garantia fundamental à proteção de outros direitos e preservando as instituições do Estado de Direito, democracia, Poder Judiciário, etc.

6.1.5. Os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Aberta – A Fundamentação das Decisões Judiciais como um Direito Fundamental Disperso no Ordenamento Constitucional Brasileiro e Português

Como já ficou registrado, a decisão motivada corresponde a um direito e uma garantia fundamental dos cidadãos, entretanto não está prevista, tanto na Constituição brasileira quanto na portuguesa, no local destinado aos direitos fundamentais.

Ocorre que os direitos fundamentais, como já asseverado anteriormente, são os direitos inerentes à condição humana, que estão consagrados no texto constitucional como *Fundamental Right.* Entretanto, o fato de determinado direito não estar elencado no espaço reservado ao tratamento dos direitos fundamentais exclui dele a condição de *Fundamental Right*?

Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, PAULO; MIRANDA, JORGE; AGRA, WALBER DE MOURA (coord.). Rio de Janeiro: Editora Gen Forense, 2009, p. 1191

[536] Sobre a fundamentação como garantia ao funcionamento e atuação legítima do Poder Judiciário, vide: SILVA, PAULO NAPOLEÃO NOGUEIRA. *op. cit.*, p. 545.

Melhor explicando: se foi conceituado que os direitos fundamentais são aqueles direitos da pessoa humana que são reconhecidos constitucionalmente como direitos fundamentais, o fato de determinado direito não estar previsto na Constituição, ou estar previsto em local diferente do destinado à proteção dos direitos fundamentais, faz com que aquele direito não seja digno da caracterização ou classificação como um direito fundamental?

Não se vê nas Constituições, ao menos na brasileira e na portuguesa, as quais nos restringimos a analisar neste tópico, um rol taxativo dos direitos fundamentais; pelo contrário, a enumeração se põe sempre aberta para ser preenchida ou completada através de novos direitos e novas faculdades de direitos para além daqueles já lá consagrados[537]. Tanto a Constituição portuguesa quanto a brasileira têm cláusula aberta, possibilitando o reconhecimento e a incorporação de novos direitos[538].

Essa cláusula aberta dos direitos fundamentais significa que para além de um sentido formal de Constituição e de direitos fundamentais, existe um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo e substância, pertence ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente no catálogo dos direitos fundamentais[539].

---

[537] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. *op. cit.*, p. 176.

[538] Dentre essas Constituições, podemos citar: Constituição Portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1); Brasileira (art. 5º, § 2º); Constituição da Guiné-Bissau (art. 28º); Constituição Colombiana (art. 94º); Constituição de Cabo-Verde (art. 16º, n. 1); Constituição da Ucrânia (art. 11º); Constituição da Estônia (art. 10º); Constituição da Rússia (art. 55); Constituição da Itália (art. 2º); Constituição da Argentina (art. 33); Constituição do Peru (art. 4º); Constituição da Guatemala (art. 44); Constituição da Venezuela (art. 50). Em citação, INGO WOLFGANG SARLET menciona que a experiência germânica, onde, além de norma expressa reconhecendo a alguns direitos e garantias significado análogo aos direitos fundamentais do catálogo (art. 93, inc. I, nº 4, da Lei Fundamental), a doutrina e a jurisprudência vem aceitando alguns desenvolvimentos com base no art. 2º da Lei Fundamental (direito geral de personalidade). Também na Espanha a doutrina e a jurisprudência constitucional têm reconhecido uma abertura do catálogo. (*op. cit.*, p.79).

[539] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 78-79.

Isso significa que a Constituição admite a atribuição do *status* de direitos fundamentais a outros direitos que estejam previstos na lei e no direito internacional[540] – chamados de direitos materialmente fundamentais[541].

Aqui fica esclarecida a razão de termos mencionado o dever de fundamentação como um direito materialmente constitucional e consequentemente fundamental antes mesmo de ter sido incorporado aos textos constitucionais.

Se a Constituição, para o bem da garantia dos direitos que sejam materialmente fundamentais outorga do *status* de *Fundamental Right* a outros direitos que estejam fora da Constituição, por que não permitir o reconhecimento da mencionada condição a direitos que estejam previstos na Constituição, e que, portanto, são também formalmente constitucionais, mas que não estejam naquele agrupamento de normas destinados à proteção dos direitos fundamentais?

Pois, os demais direitos existentes na Constituição que não estejam previstos no catálogo destinado à proteção dos direitos fundamentais, mas que tenha matéria, também recebem o *status* de *Fundamental Right*[542]. São os chamados direitos fundamentais dispersos.

Esses direitos dispersos são considerados direitos formalmente fundamentais muito embora a sua disposição não esteja no agrupamento de

---

[540] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. *op. cit.*, p. 403.

[541] Explanando excepcionalmente sobre as cláusulas abertas dos direitos fundamentais e sobre os direitos materialmente fundamentais e os direitos formalmente fundamentais, vide: MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. p. 176 e ss.

[542] No Brasil, a interpretação dada ao § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal foi sancionado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ao apreciar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que questionava a criação do IPMF, afirmou que o princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, b, da Constituição constitui um direito ou garantia individual fundamental (ADI 939, DJ de 18/03/1994).

normas determinado para o tratamento dos referidos direitos – fundamentais –; tem forma, além de matéria constitucional[543].

A finalidade de se abrir o catálogo de direitos fundamentais é afirmar que a enumeração dos direitos ali previstos não impede que outras posições jurídicas de defesa da dignidade da pessoa humana recebam a proteção atribuída aos direitos fundamentais[544].

Instamos tal questionamento porque enquadramos o dever de fundamentação das decisões judiciais como sendo um direito fundamental, registramos sua localização nas Constituições brasileira (art. 93, IX) e portuguesa (art. 205.º, n. 1) fora do catálogo dos direitos fundamentais, e ao mesmo tempo afirmamos que os direitos fundamentais são aqueles direitos inerente à condição humana que estão consagrados no texto constitucional como *Fundamental Right*. Então, como poderia a norma constitucional que dispõe sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais serem consideradas um direito fundamental?

Como mencionamos, o fato do direito não estar posicionado dentro do catálogo dos direitos fundamentais não exclui a sua materialidade de direito fundamental, e, por essa razão, adquire forma e matéria de direito fundamental, desde que previsto na Constituição, como é o caso do dever de fundamentação das decisões judiciais.

Portanto, em ambas as Constituições – brasileira e portuguesa – o dever de fundamentação não pode ser considerado um direito fundamental atípico, merecedor apenas da classificação de materialmente constitucional, haja vista encontrar-se expressamente previsto no texto. No caso em tela o mencionado direito deve ser considerado um direito fundamental disperso e,

---

[543] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. *op. cit.*, p. 404-405.

[544] MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *op. cit.*, p. 348.

portanto, merecedor da condição de ser materialmente e formalmente fundamentais, comungando do mesmo regime jurídico dos direitos constantes do catálogo das referidas Cartas[545].

Ademais, há quem defenda que o Constituinte deveria ter optado por enquadrar o dever de fundamentação das decisões judiciais no espaço topográfico destino à salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, ou, direito, liberdades e garantias – conforme denominação utilizada pela Constituição portuguesa[546].

Nas palavras de Ézio Luiz Pereira sobre a sistemática brasileira "há no artigo 5.º, parágrafo segundo e no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, uma harmonia perfeita, um sincronismo, criando para o Estado o dever, e a garantia para o indivíduo, de ter a resposta do Estado com causa transparente e explícita, sob pena de nulidade"[547].

6.1.6. Consequências da Consagração do Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais como sendo um Direito e uma Garantia Fundamental

Pois bem, concluímos que a decisão devidamente fundamentada constitui um direito e uma garantia fundamental do indivíduo mesmo estando em local diverso do destinado ao tratamento dos direitos fundamentais nas Constituições portuguesa e brasileira. Contudo, qual a importância de se enquadrar o direito a uma decisão devidamente fundamentada como direito fundamental?

---

[545] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 116-117.

[546] FARIA JÚNIOR, CÉSAR. A Motivação das Decisões como Garantia Constitucional e seus Reflexos Práticos. *Ciência Jurídica*. ano V, vol. 40, jul./ago. 1991, p. 284. No mesmo sentido: FERNANDES, JOSÉ HENRIQUE LARA. *op. cit.*, p. 38 e PEREIRA, ÉZIO LUIZ. *op. cit.*, p. 23.

[547] PEREIRA, ÉZIO LUIZ . *op. cit.*, p. 23.

Não vamos entrar aqui na problemática de tentar justificar os direitos fundamentais, expondo as correntes que atribuem uma razão de sua existência; iremos apenas referendar a algumas consequências práticas da consagração do dever de fundamentação das decisões judiciais como sendo um direito fundamental do cidadão[548], embora muito já tenha sido falado durante o decorrer do capítulo, o qual inclusive, por economia e didática, optamos por não repetir minuciosamente. Vamos, porém, registrar algumas das mais importantes consequências:

Primeiro atribui um direito subjetivo ao indivíduo, possibilitando-lhe pleitear proteção de seu direito judicialmente. Isso implica que quem tenha um provimento jurisdicional não motivado, ou, motivado indevidamente, possa pleitear diante do próprio Judiciário a reparação ao direito fundamental, seja através de recurso, ou, caso já tenha transitado em julgado a decisão, através da via apta – ação rescisória no Brasil e recurso de revisão de sentença em Portugal –, sendo cabível até mesmo, dependendo do caso, uma ação declaratória de inexistência de ato, caso o entendimento seja o de que a decisão não fundamentada é inexistente[549].

Outorga ainda a outros indivíduos, estranhos à relação processual, a possibilidade de pleitear judicialmente o exercício do seu direito de ser informado quanto ao exercício da função jurisdicional[550].

Outra consequência é que pela eficácia irradiante dos direitos fundamentais todos os órgãos do poder público, sobretudo, aqui no caso concreto, o Poder Judiciário deve promover pela máxima eficácia da decisão

---

[548] JORGE MIRANDA expõe as várias concepções impostas aos direitos fundamentais, com as consequentes resultantes de cada uma delas em *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. *op. cit.*, p. 43 e ss.

[549] Tema que será melhor abordado adiante.

[550] Questão que será melhor desenvolvida no tópico relativo aos "vícios de fundamentação".

fundamentada, cabendo a ele reparar qualquer vício e extirpar qualquer ameaça.

E mais, pelo fato do dever de fundamentação não estar previsto no rol de direitos fundamentais, estando disperso no texto constitucional, a sua caracterização como sendo um direito fundamental estende a ele a proteção dada às cláusulas pétreas ou de irrevisibilidade, impondo um limite material de revisão[551], impossibilitando , num primeiro plano, hipótese de pretensão do Poder Constituinte Derivado de Reforma em abolir tal direito[552].

A razão de se levar determinado instituto à proteção concedida pelas cláusulas pétreas é a de impossibilitar a modificação de uma situação político-institucional posta e estabelecida pela Constituição, logo, quando surge um novo regime, esses instrumentos servem para evitar eventual tentativa de retorno a uma situação anterior, estigmatizando de inconstitucionalidade qualquer tentativa nesse sentido. Entretanto, o Direito Constitucional do século XXI direcionou como foco principal de proteção das cláusulas pétreas aos direitos e garantias fundamentais[553].

Essas cláusulas pétreas nada mais são do que limitações materiais da revisão constitucional. Dada a característica de mutabilidade das Constituições, que é característica marcante na grande maioria das Constituições modernas, o Constituinte Originário teve por bem proteger determinados princípios[554] de pretensões de abolição[555].

---

[551] Previsto no art. 60, §4º, IV, da Constituição Brasileira e no art. 288.º, "d", da Constituição Portuguesa.

[552] Sobre a possibilidade ou não de alteração das cláusulas de irrevisibilidade, vide CANOTILHO, J. J. GOMES. Métodos de Protecção dos Direitos, Liberdades e Garantias. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Boletim comemorativo do 75.º, Tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD), 2003, p. 793-814.

[553] SILVA, PAULO NAPOLEÃO NOGUEIRA. *In:* BONAVIDES, PAULO; MIRANDA, JORGE; AGRA, WALBER DE MOURA (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Gen Forense, 2009, p. 998.

[554] JORGE MIRANDA menciona que o sentido fundamental das limitações materiais de revisão é garantir a intangibilidade de certos princípios – porque é de princípios que se trata,

Portanto, ao esquadrar o direito do indivíduo em ter uma decisão judicial devidamente fundamentada como sendo um direito fundamental, estende-se a ele a limitação material de revisão, não podendo haver pretensão de abolição por parte do Poder Constituinte Derivado de Reforma[556].

Ademais, a vedação de se retirar do texto constitucional a motivação das decisões judiciais não ganha respaldo tão somente na limitação material de revisão imposto pelas cláusulas pétreas.

A motivação, por ser considerada uma derivação do Estado Democrático de Direito e, portanto, dos princípios estruturantes da Constituição, não pode ser retirada do ordenamento constitucional, sob pena de desvirtuamento da identidade e estrutura do próprio Estado. Logo, qualquer pretensão a alteração da Constituição encontra limites intransponíveis nas próprias normas constitucionais que tratem das decisões políticas fundamentais relativas ao núcleo essencial do texto constitucional[557].

6.1.7. Notas Conclusivas sobre a Natureza Jurídica da Fundamentação das Decisões Judiciais

Feitas as devidas considerações sobre o direito e a garantia fundamental à decisão fundamentada, é necessário deixar claro neste momento quais os resultados dessas considerações.

O dever de fundamentação é, portanto, resultante de um direito à informação perante o Estado. Fundamentar a decisão é informar à sociedade,

---

não de preceitos avulsos (os preceitos poderão ser eventualmente modificados, até para clarificação ou reforço de princípios, o contrário seria absurdo) (*Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 213).

555 Há aqui a discussão se as limitações materiais implicam em proibições de qualquer pretensão de mudança, ou só para tentativas de abolição daquelas matérias.

556 Sobre as limitações materiais de revisão, vide o completo ensinamento de MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, *op. cit.*, p. 209 e ss.

557 NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.*, p. 72-73.

incluindo as partes, que o Estado-juiz age com base na lei, imparcialmente, exercendo a função de forma efetiva e democrática.

Nesse sentido o direito à motivação das decisões pode ser visto como um direito prestacional à informação.

Ademais, a decisão fundamentada corresponde a um direito fundamental processual, pois além de seu espírito de instituto processual, possibilita ao indivíduo a defesa de seus interesses através da participação na formação da vontade do Estado (decisão judicial).

Não podemos esquecer a primeira função outorgada à fundamentação, que é a de limitação do poder do Estado, ganhando assim sua função de defesa.

Os direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, atualmente, não constituem apenas aqueles de matriz liberal-burguesa. Hoje incorporou-se às declarações de direitos uma quantidade significativa de novas manifestações, cuja estrutura normativa e função fazem com que postulados distintos daqueles deveres de abstenção possam ser enquadrados como direitos de defesa. A título exemplificativo podem ser citados a maioria dos direitos políticos, das garantias fundamentais e, inclusive, parte dos direitos sociais[558].

Logo, os direitos de defesa não se limitam às liberdades e igualdades, abrangendo ainda as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais recebem por proteger o indivíduo contra ingerências dos poderes públicos e de particulares[559].

Hoje inclusive podemos dizer que nos direitos de defesa estão incrustados de forma reflexa direitos prestacionais. Para que sejam

---

[558] SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 169, que desenvolve o assunto, explicando a razão de cada um deles nas páginas seguintes.

[559] MENDES, GILMAR FERREIRA. *op. cit.*, p. 134.

reconhecidos os direitos de defesa, na sua concepção clássica, temos que garantir um direito à existência de tribunais, direito à jurisdição, direito à decisão judicial[560] e a uma decisão devidamente fundamentada. Nenhum desses direitos são realizados sem a prestação do Estado, que devem criar procedimentos[561] que possam fazer valer os direitos materiais frente ao Estado. Daí a ideia de garantia.

A fundamentação, que nasce como garantia ao controle da atuação dos juízes, limitando-lhes o poder ao passo que lhe é exigido julgar tão somente conforme a lei, imparcialmente, recebe hoje, por ser considerada garantia fundamental, a caracterização também como direitos de defesa.

A noção garantista da fundamentação não tem por objeto de resguardo tão somente os direitos individuais, mas a necessidade de fundamentar as decisões constitui instituto que visa garantir, em um contexto de Estado Democrático de Direito, instituições como o Estado de Direito, a democracia, a jurisdição, o Poder Judiciário, etc. Daí a noção de garantia institucional.

Portanto o dever de fundamentação requer a cumulação das naturezas jurídicas no ato de motivar as decisões. Logo, o magistrado que fundamenta a sua decisão irá materializar cumulativamente e indissociavelmente as naturezas de um dever de prestação à informação, um direito fundamental processual, possibilitar o exercício de um direito de defesa e de uma garantia individual do cidadão, além de proteger a permanência e o império de algumas instituições.

---

[560] CANOTILHO, J. J. GOMES. *Constituição e Défice Procedimental*. *op. cit.*, p. 77.

[561] Os procedimentos seriam as garantias que os cidadãos têm para controlar o exercício do poder por parte das autoridades, porque estando os atos processuais previstos na lei, sobretudo na Constituição, qualquer violação a um destes postulados implicará na violação do devido processo legal previsto na Constituição (MENDONÇA, PAULO ROBERTO SOARES. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997, p. 30).

Por fim esclarecemos a menção feita alguns parágrafos acima no que tange ao fato dos direitos fundamentais proteger os indivíduos contra ingerências dos poderes públicos e de particulares. Hodiernamente houve uma virada paradigmática sobre a concepção dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais limitam a atuação do Estado através de um muro de contenção que pode ser definido como catálogo de direitos individuais. A virada está no fato do Estado ter sido chamado a não só figurar como sujeito passivo dessa obrigação, mas também assumiu a tarefa de ser aliado do cidadão na promoção desses direitos frente às relações entre particulares. Se os direitos fundamentais foram feitos para limitar e circunscrever a atuação do Estado, esse limite hoje também significa a tarefa de preservar pela não violação, seja por parte do Estado, seja pela sociedade civil[562].

Aqui, apenas para reflexão do leitor, se o dever de fundamentação corresponde a um direito fundamental do indivíduo em face do Estado, em sendo reconhecido uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais[563], poderíamos impor um dever de fundamentação às decisões proferidas na esfera particular?

O Supremo Tribunal Federal brasileiro já entendeu, relativo à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, constituir o devido processo legal como sendo um direito assegurado ao indivíduo em face de procedimentos realizados na esfera privada, dizendo que “na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a

---

[562] CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. *Debates: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. ano 1999, n.° 20, Konrad Ademauer Stiftung, p. 210.

[563] A eficácia horizontal dos direitos fundamentais corresponde a eficácia desses direitos nas relações entre particulares.

observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa”[564].

Se é assegurado o devido processo legal e a ampla defesa quando da instauração e desenvolvimento de procedimento na esfera privada, podemos presumir que o dever de fundamentar a decisão, inclusive como sendo a última manifestação do contraditório, conforme já asseverado, é direito do cidadão. Logo, se o Supremo Tribunal Federal brasileiro garante ao indivíduo o devido processo legal e a ampla defesa quando da sua exclusão da associação, é evidente que a decisão que declare a exclusão tenha de ser fundamentada.

Nesse sentido, mesmo sendo objeto de estudo a fundamentação das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário, podemos concluir que a decisão prolatada na esfera particular, que possa ocasionar consequências relevantes para o indivíduo, como o caso citado acima da exclusão de cooperativa, deva ser devidamente fundamentada, a fim de proporcionar ao indivíduo a devida ciência das razões que justificaram aquela decisão.

6.2 Quanto ao Estado

6.2.1. Natureza Jurídica de Dever Constitucional do Estado

Antes de discorrer sobre o tema que pretendemos aqui abordar, cumpre asseverar que os deveres em apreço são os deveres constitucionais dos órgãos públicos. Até poderíamos aqui aludi-los como deveres fundamentais, entretanto, *lato sensu*.

---

[564] RE 158215 / RS , Rel. Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 30.04.1996, Publicação no Diário da Justiça de 07.06.1996, que entendeu como tendo sido violado o princípio do devido processo legal e ampla defesa na hipótese de exclusão de associado de cooperativa sem direito à defesa.

Dever fundamental, especificadamente falando, representa uma relação do indivíduo para com o Estado, ou melhor, os deveres fundamentais significam situações jurídicas de necessidade ou de adstrição constitucionalmente estabelecidas, que são impostas às pessoas frente ao poder político ou, por inferência de direitos ou interesses difusos, impõe-se também frente a outras pessoas[565].

Por existir um comando constitucional impositivo ou proibitivo, o titular de um dever fundamental encontra-se normalmente em uma situação de necessidade jurídica de praticar, ou não, certo ato[566].

Como já mencionado, os deveres fundamentais guardam íntima relação com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, isto porque estes direitos representam valores que a comunidade e o Estado devem respeitar, proteger e promover[567].

O reconhecimento de deveres fundamentais tem relação com a participação ativa dos cidadãos na vida pública, portanto, esses deveres impõem um mínimo de responsabilidade social no exercício das liberdades individuais e implicam na existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na relação com particulares[568].

Há deveres que são impostos aos indivíduos pela Constituição que não são considerados fundamentais. Os deveres fundamentais são espécie de um gênero chamado deveres constitucionais[569].

---

565 MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. *op. cit.*, p. 84-85.

566 CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES. *Tratado de Direito Civil.* Vol. I. Tomo I. 3ª Edição. p. 355 e ss., *Apud:* ALEXANDRINO, JOSÉ MELO. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Estoril: Princípia Editora, 2007, p. 37.

567 SARLET, INGO WOLFGANG. *op. cit.*, p. 226-227.

568 Ibidem, p. 227.

569 LLORENTE, FRANCISCO RUBIO. Los Deberes Constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: ano 21, n. 62, mayo/ago. 2001, p. 22-23.

Não cabe aqui tratar dos deveres fundamentais sob essa ótica, posto que o dever de fundamentação das decisões judiciais tem como sujeito ativo tão somente o Estado[570].

No presente tópico iremos abordar o dever do Estado, ou dever constitucional do Estado. A Constituição impõe deveres tantos aos indivíduos como principalmente ao Estado.

Jorge Miranda, discorrendo sobre os deveres fundamentais, registra que não constitui espécie do gênero deveres fundamentais as situações jurídicas ativas dos titulares de órgãos do poder, também não constituindo deveres fundamentais as situações passivas, as imposições ou obrigações constitucionais dos órgãos – em especial as de respeito e garantia de direitos, não sendo, portanto, um dever fundamental a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais[571].

Com os devidos reconhecimentos à lição citada, concordamos com a incompatibilidade do dever de fundamentação das decisões judiciais com o instituto dos deveres fundamentais, principalmente pela ótica inversa que a situação impõe, qual seja, um dever do Estado para com a sociedade, e não do indivíduo/sociedade para com o Estado – ou até mesmo perante outro indivíduo.

Entretanto, sem referirmos ao instituto jurídico dos deveres fundamentais, especificadamente falando, entendemos que os deveres constitucionais impostos aos órgãos públicos, quando constituem num dever de respeito e promoção a um direito fundamental do cidadão, poderia ser sim

---

[570] Poderíamos até mesmo aduzir aqui um sentido de dever do cidadão em fundamentar as decisões proferidas no âmbito privado como sendo um dever fundamental, haja vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Contudo, estaríamos fugindo do tema proposto, que é relativo às decisões judiciais. Apenas para exemplificar o que pretendemos demonstrar, o fato de uma associação fundamentar a decisão que exclui um sócio pode constituir um dever fundamental, entretanto, não vamos prolongar essa discussão.

[571] MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª Edição. *op. cit.*, p. 193.

considerado um dever fundamental em sentido genérico, um dever fundamental do Estado para com o indivíduo. Se o indivíduo tem um direito fundamental que impõe uma obrigação de respeito do Estado, então o Estado tem um dever fundamental de respeito para com o indivíduo.

O Estado tem deveres que não correspondem ao respeito de direitos fundamentais. Nesse sentido o dever é constitucional. Já quando o Estado tem um dever de prestar um direito fundamental ao indivíduo, parece-nos conclusivo que esse dever seja fundamental, ou ao menos que tenha uma importância maior que o simples dever constitucional.

Os direitos fundamentais têm como destinatários diretos e imediatos os poderes públicos. As normas constitucionais restringem a órbita de ação desses poderes, sendo tal característica a própria essência da Constituição[572]. Os indivíduos seriam destinatários indiretos, secundários ou mediatos, pois dependem de aplicação dos direitos e garantias fundamentais[573].

Os comandos constitucionais têm, assim, como destinatário o próprio Estado, impondo-lhe uma órbita de atuação, e, portanto, o fato da Constituição dispor que as decisões serão fundamentadas faz com que os poderes públicos tenham o dever de fundamentar.

De toda sorte, não há aqui qualquer pretensão de enquadrar o dever de fundamentação na dogmática dos deveres fundamentais *stricto sensu*, até porque reforçamos, destoa do instituto ao passo que a ótica é inversa.

Justamente por essa inversão, por constituir um dever do Estado para com os indivíduos, poderia evidenciar a estrita relação com a dimensão objetiva do direito fundamental a uma decisão motivada, haja vista a já citada eficácia irradiante.

---

572 DINIZ, MARIA HELENA. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. *op. cit.*, p. 13.
573 BULOS, UADI LAMMÊGO. *Curso de Direito Constitucional*. *op. cit.*, p. 408.

Pela eficácia irradiante, ter um direito fundamental implica em uma situação jurídica de titularidade do indivíduo, que impõe um dever de respeito do Estado. Nessa relação, os direitos fundamentais, mesmo os de liberdades, implicam em deveres do Estado constitucionalmente consagrados.

Se a jurisdição é um poder do Estado, e o acesso à jurisdição um direito fundamental do cidadão, então a jurisdição corresponde também a um dever do Estado. Um dever de promover a Justiça, um dever de informação ao indivíduo que tem sua esfera de liberdade ou patrimônio ameaçado pelo exercício da jurisdição, um dever de propiciar a igualdade de armas, um dever de agir conforme a legalidade, de se legitimar socialmente, um dever de prestar contas de sua atuação, um dever de propiciar o controle e tantos outros deveres que o monopólio do exercício da jurisdição impõe ao Estado[574].

Portanto, diante de vários deveres do Estado relacionados à jurisdição, a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais aparece como mecanismo que irá garantir a constatação do cumprimento dos deveres do Estado, nesse sentido, ela ganha um dever ainda maior, pois constitui garantia aos cumprimento dos próprios deveres do Estado.

É nesse sentido que enquadramos a obrigatoriedade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário serem fundamentadas como sendo um dever do Estado.

7. OS VÍCIOS NA FUNDAMENTAÇÃO

Optou-se por delimitar esse tópico utilizando-se da expressão "vícios" porque pode haver várias possibilidades de irregularidades do cumprimento do dever de fundamentação[575], a exemplo da ausência de

---

[574] ALMEIDA, FLÁVIO RENATO CORREIA. *op. cit.*, p. 200.

[575] ISMAIR ROBERTO POLONI considera os vícios relacionados à fundamentação como sendo um dos maiores motivos que causa nulidade da sentença. (*op. cit.*, p. 84).

fundamentação, da fundamentação insuficiente, e da ausência de nexo entre a fundamentação e o dispositivo[576] [577].

Todas, ao nosso ver, conduzem à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença, nos termos em que será proposto neste tópico. Isto porque fundamentação deficiente, a princípio, não é fundamentação, bem como fundamentação que não tem relação com o decisório também não é fundamentação, pelo menos não daquela decisão[578].

Em sendo a motivação um dever constitucional do Estado, um direito e uma garantia fundamental do cidadão, além de imposição legal, consectário do Estado Democrático de Direito, plausível que o descumprimento a tal comando gere algum efeito prejudicial à decisão, sobretudo de considerável gravidade.

Em outra perspectiva, relacionada à técnica processual, a fundamentação constitui um dos requisitos formais da decisão e, como tal, vem

---

[576] WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *op. cit.*, p. 335.

[577] Ressalta DIÓGENES M. GONÇALVES NETO ainda a existência de uma fundamentação fictícia, onde mesmo que o juiz atribua uma razão àquela conclusão alcançada na decisão, a verdadeira justificativa fica omitida. Logo, fictícia é a motivação que apresenta justificativa, mas não reproduz as razões reais de decidir, dissimulando aquelas que deveriam ser as razões em coerência com a específica natureza das questões decididas. Fictícia é a fundamentação quando não é coerente com a gênese ou natureza do enunciado que se trata justificar. Fictícia é a fundamentação quando anuncia a solução como única e inescapável, quando na verdade várias seriam as soluções possíveis. Fictícia é a fundamentação que dissimula as razões valorativas de decidir, privilegiando somente aspectos abstratos, lógico-jurídicos e conceituais, sem atentar para a realidade concreta e suas características. O caráter fictício de uma fundamentação se revela na ausência de palavras que deveriam exprimir a justificação da decisão com conteúdo, no uso de expressões meramente formais, muito genéricas, invocando precedentes sem demonstrar por que se aplicam ao caso concreto, sem dar as razões específicas que fundamentam a decisão "correta". São fictícias as motivações generalistas das decisões com texto-padrão em que se percebe que a decisão "escapou" da análise efetiva e da motivação de conteúdo. Assim, são fictícias também as decisões de "carimbo", a exemplo da decisão que recebe a denúncia criminal (*op. cit.*, p. 50). Esse vício de fundamentação é o mais comum, e o mais difícil de se constatar.

[578] WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *op. cit.*, p. 335.

tratada nos códigos e leis processuais que, com a exigência, buscam atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional[579].

Neste sentido, apena por argumentação, se existe um comando constitucional que imponha ao magistrado uma obrigatoriedade em fundamentar suas decisões, constituindo esse postulado um direito-garantia fundamental do cidadão, qualquer violação a esse preceito contraria a Constituição e padece de vício de inconstitucionalidade.

Vamos tratar adiante preponderantemente as consequências processuais dos vícios de fundamentação, ou seja, as consequências que os citados vícios representam no processo, explanando de passagem sobre as consequências do descumprimento de norma constitucional.

A decisão é um ato processual do juiz[580]. Há eventualmente atos processuais que são praticados em desconformidade com o direito, tidos como atos processuais ilícitos. Dentre as consequências dessas ilicitudes, que são várias, a que nos interessa é a invalidação do ato[581].

Os ilícitos invalidantes dos atos jurídicos são as condutas praticadas em contrariedade ao direito, cujo efeito jurídico aplicado é a invalidação, ou desfazimento do ato. Nesse contexto, a invalidação seria a sanção aplicável à

---

[579] GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. *op. cit.*, p. 17. Assinala-se, por exemplo, a importância da motivação como elemento que favorece a correta interpretação do ato decisório, aclarando o seu exato conteúdo para fins de execução da sentença ou de delimitação da coisa julgada (MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. *op. cit.*, p. 86).

[580] Para ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS atos processuais são aqueles atos jurídicos, estes entendidos como sendo o ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, que se manifestam no processo (op. cit., p. 199 e 300). NAGIB SLAIBI FILHO aponta a sentença como sendo “o ato jurídico-processual praticado pelo órgão estatal com o fim de produzir efeitos na relação processual” (*op. cit.*, p. 277).

[581] Registra-se que só se opera a invalidação do ato processual ilícito se houver comprovado prejuízo de uma das partes. Entretanto, no caso da decisão com ausência de fundamentação, patente é o prejuízo não só das partes, como da sociedade em geral.

hipótese em que se reconheça que o ato foi praticado em contrariedade ao direito[582].

A respeito da ausência de fundamentação, temos na Constituição brasileira a consequência resultante do não cumprimento, qual seja, o da nulidade da decisão. Logo, o direito impõe que o ato decisório esteja revestido do requisito "fundamentação", e em agindo o juiz em contrariedade com esse direito, proferindo sentença que não esteja fundamentada, dá origem a um ato jurídico processual (decisão) ilícito, cuja sanção da invalidação é a nulidade prevista no próprio comando constitucional.

É interessante observar que normalmente a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte brasileiro, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto a pena de nulidade[583].

Em Portugal, o comando constitucional não prevê a consequência para a ausência de fundamentação. Entretanto, as leis ordinárias que dispõem sobre processo preveem a nulidade das decisões que não sejam fundamentadas, a exemplo do artigo 668°, n°1, alínea "b", do Código de Processo Civil, bem como do artigo, 379, n°1, alínea "a", do Código de Processo Penal.

Um dos muitos fundamentos que justificam a nulidade dos atos decisórios que não são fundamentados é o fato do dever de fundamentação constituir elemento básico do Estado Democrático de Direito, e em assim o sendo, o descumprimento de um elemento de tamanha importância só poderia

---

[582] DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. vol. 1. 11.ª edição. Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 252-253.

[583] NERY JUNIOR, NELSON. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. *op. cit.*, p. 176.

refletir na sua nulidade. Além disso, como já mencionado, o instituto da fundamentação corresponde a um direito fundamental do cidadão, e em assim o sendo, qualquer ato do poder público que o viole deve ser considerado inconstitucional e sem validade. Os ordenamentos processuais outorgam à motivação o *status* de requisito essencial das sentenças, outro fator que fortifica a pena de nulidade.

Desta feita, em havendo ausência de fundamentação, patente a violação ao dispositivo constitucional que estabelece o dever, o que torna o ato ilícito e gera sua nulidade.

Entretanto, falando dos atos processuais de forma geral, e não propriamente do dever de fundamentação, essa nulidade pode gerar vários efeitos de acordo com a gravidade da ilicitude. Para se apurar a gravidade da inobservância da forma no ato processual, é necessário observar a natureza do objeto descumprindo, de forma que possibilite apurar a consequência da inobservância. Os vícios do ato processual podem ser classificados como atos inexistentes, atos absolutamente nulos e atos relativamente nulos[584]. Esses atos absolutamente nulos são eivados de nulidade absoluta, já os atos relativamente nulos de nulidade relativa[585].

A maioria da doutrina se restringe a dizer que a decisão imotivada é nula, mas não faz qualquer menção à espécie de nulidade. Tal consideração é de suma importância para a compreensão e aplicação na prática dos efeitos do descumprimento do dever de motivação. Nulidade *per se* é uma sanção que incide sobre a declaração de vontade contrária a algum preceito do direito

---

[584] THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *op. cit.*, p. 330.

[585] Registra-se a controvérsia instada pela doutrina brasileira acerca da classificação das invalidades processuais. Entretanto, optamos por utilizar a classificação que as denomina de nulidades relativas e absolutas, dada a similaridade entre a invalidade da teoria geral do direito civil, o que possibilita uma melhor compreensão.

positivo. Essa sanção – privação de validade – admite graus de intensidade[586], que será o fato para diferenciar a nulidade relativa da absoluta.

Para desenvolvermos sobre a natureza da nulidade das sentenças não fundamentadas, entendemos ser importante esclarecer as diferenças da nulidade relativa da absoluta. Aborda-se aqui a referência do conceito das nulidades em ato processual geral, e não especificadamente das sentenças, já que no que se refere às decisões judiciais, existem algumas peculiaridades que analisaremos a seguir.

Nulidade relativa é aquela instada em atos capazes de produzir efeitos processuais, apensar da formação viciada. Para que seja reconhecida é necessária a provocação dos interessados, pois a violação restringe-se ao interesse privado, e podem ter por convalidados seus efeitos caso não seja postulada sua nulidade na primeira oportunidade em que o interessado se manifeste nos autos (haja vista a preclusão), ou quando não houver prejuízo a nenhuma das partes (quando se perde a razão de alegar a nulidade do ato)[587]. Nota-se que a nulidade relativa corresponde a uma anulabilidade[588].

A nulidade absoluta é aquela que viola requisitos legais indispensáveis à sua formação, trata-se de matéria de ordem pública e podem ser reconhecidos de ofício pelo juiz, ou a requerimento da parte. Tais vícios podem ser reconhecidos e arguidos a qualquer momento do processo e em qualquer grau de jurisdição[589]. O ato eivado de nulidade absoluta investe-se na condição de ato processual; não é mero fato como o inexistente. Sua condição jurídica mostra-se gravemente afetada por defeito localizado em seus requisitos essenciais[590].

---

586 THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *op. cit.*, p. 331.

587 AMORIM, JOSÉ ROBERTO NEVES. *Fundamentos Atuais do Processo Civil*. vol. I. Barueri: Editora Manole, 2004, p. 157-160. Vide ainda: DIDIER JR., FREDIE. *op. cit.,* p. 260.

588 THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *op. cit.*, p. 331.

589 AMORIM, JOSÉ ROBERTO NEVES. *op. cit.*, p. 157-160.

590 THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *op. cit.*, p. 331.

Há alguns autores que classificam alguns atos como inexistentes, portanto, incapazes de produzir efeitos no mundo jurídico. Estes atos são tidos como se nunca tivessem existido[591].

Antecipamos o entendimento de que a decisão não motivada constitui uma nulidade absoluta, posto que constitui matéria de ordem pública, pois extrapola a esfera de interesse das partes, como já mencionado no desenvolver deste trabalho, e não admite preclusão caso não seja alegada na primeira oportunidade da parte interessada tenha se manifestado nos autos. Entretanto, carece de algumas peculiaridades inerentes à nulidade relativa, que passamos a analisar:

As invalidades de atos processuais diferenciam-se das invalidades de direito material, mas aplicam-se todas as noções da teoria geral do direito sobre o plano de validade dos atos jurídicos. Assim, importante frisar que os atos processuais sempre produzem efeitos no mundo jurídico, mesmo que a invalidade gere uma nulidade absoluta[592]; parece-nos, portanto, que muito mais se assemelha a um ato anulável do que nulo, haja vista os efeitos que este ato produz enquanto não reconhecida sua nulidade[593]. Não há, portanto, no âmbito do direito processual, um ato cuja invalidade impere de pleno direito, necessitando assim do reconhecimento pelo próprio Poder Judiciário da invalidado do ato[594].

Tece-se tal consideração porque consideramos ser demasiadamente perigoso, diante da segurança e estabilidade jurídica que se espera hoje em

---

591 AMORIM, JOSÉ ROBERTO NEVES. op. cit., p. 160.

592 HUMBERTO THEODORO JÚNIOR menciona que “Comprovada a ocorrência de nulidade absoluta, o ato deve ser invalidado, por iniciativa do próprio juiz, independentemente de provocação da parte interessada. // Na realidade, a vida do ato absolutamente nulo é aparente ou artificial, pois não é apta a produzir a eficácia de ato jurídico. Perdura, exteriormente, apenas até que o juiz lhe reconheça o grave defeito e o declare provado de validade”. (*op. cit.*, p. 331). No mesmo sentido: SANTOS, ERNANE FIDÉLIS. *op. cit.*, p. 302.

593 Neste sentido: NOJIRI, SÉRGIO. *op. cit.,* p. 135.

594 DIDIER JR., FREDIE. *op. cit.,* p. 259, afirma: “o ato processual defeituoso produz efeitos até a decretação de sua invalidade. Não há invalidade processual de pleno direito. Toda invalidade processual precisa ser decretada”.

dia, que uma sentença mesmo prolatada sem fundamentação não possa persuadir seus efeitos no mundo jurídico enquanto não reconhecida sua invalidade. É evidente que a decisão não fundamentada padece de vício de natureza significativa, mas dizer que a sentença não motivada não gera nenhum efeito é demasiado temeroso. Se os efeitos da invalidação serão *ex tunc* ou *ex nunc*, aproveitando ou não os atos posteriores ao ato anulado (ou que tenha declarada sua nulidade)[595], deverá ser analisado de acordo com o caso concreto.

Neste sentido, mesmo que eivada de vício, ninguém poderá se escusar ao cumprimento da sentença antes que lhe seja reconhecida a nulidade. Mesmo que reconhecemos que a nulidade da sentença seja absoluta, constituindo matéria de ordem pública, não aplicando a preclusão, não podemos admitir que os efeitos da decisão sejam inexistentes.

Entretanto, a peculiaridade com a invalidade dos atos de direito material se dá ao passo que no direito processual, não há defeito que não possa ser sanado. Por mais grave que seja, mesmo que apto a gerar invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, todo defeito é sanável [596] [597].

A sanatória do ato não significa sua convalidação. Muito embora o ato absolutamente nulo surta efeitos, é necessário que o juiz o invalide, embora jamais possa convalidá-lo. Deverá, portanto, praticar um ato novo e diverso que, substituindo o antigo, poderá produzir os efeitos pretendidos[598].

Tal fato é importante porque possibilita a revisão da decisão judicial não fundamentada. Se considerássemos a nulidade absoluta tal como aplicável

---

[595] Até porque no direito processual não há nulidade sem prejuízo, devendo, portanto, serem declarados nulos apenas os atos posteriores à decisão viciada que tenham sofrido ou causado algum prejuízo. Neste sentido: ALVIN, ARRUDA. *op. cit.*, p. 507.

[596] DIDIER JR., FREDIE. *op. cit.,* p. 264.

[597] Considerando que a ausência de fundamentação é um vício insanável: TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ. *op. cit.*, p. 139-143; PEREIRA, ÉZIO LUIZ. *op. cit.*, p. 23

[598] THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *op. cit.*, p. 332.

ao direito material, o ato seria nulo de pleno direito, não produziria seus efeitos no mundo jurídico, e nem mesmo admitiria convalidação. Ou seja, a decisão com ausência de fundamentação não poderia ser reformada pelo próprio magistrado[599] ou em grau de recurso. Para regularizar a situação processual, teria que ser declarada a nulidade da decisão, e outra ser prolatada, invalidando todos os atos subsequentes àquela nulidade, o que não coaduna com os princípios da economia e celeridade processual.

Como dito, há autores que defendem que a decisão imotivada seria inexistente, e seria tida como uma não decisão[600].

Esse questionamento quanto à nulidade ou inexistência é relevante uma vez que, se a fundamentação é requisito essencial da sentença, a sua ausência descaracterizaria a sentença como tal? Caso a resposta seja afirmativa, haveria a inexistência da sentença no mundo jurídico.

O ato inexistente não reúne os mínimos requisitos de fato para a sua existência como ato jurídico. O problema da inexistência não se situa no plano da eficácia, mas sim anteriormente, na vida do ato[601].

Pelo que desenvolvemos até aqui, não podemos consentir com a possibilidade de considerar uma decisão que fora prolatada por um juiz competente, investido de jurisdição, como sendo inexistente pelo fato de não

---

[599] O próprio magistrado que prolatou a decisão só poderá corrigir o vício de fundamentação mediante provocação por embargos de declaração, alegando omissão contradição ou obscuridade, conforme sistema processual brasileiro. No sistema português, o magistrado só poderá reformar a própria sentença no caso de "rectificação de erros materiais" e "esclarecimento e reforma da sentença" (previstos, respectivamente, nos artigos 667.º e 669.ª do Código de Processo Civil português – no caso do processo civil). THALES TÁCIO P. L. P. CERQUEIRA Leciona que "quando inexiste erro material e sim contradição entre a fundamentação e a decisão, o juiz sentenciante não pode, de oficio, declarar nula sua sentença, devendo a parte ajuizar embarguinhos ou apelação" (*Manual de Sentença Criminal*. vol. I. São Paulo: Editora Premier Máxima, 2007, p. 478) .

[600] É o entendimento de TARUFO, MICHELE. *La Motivazione della Sentenza Civile*. *op. cit.*, p. 457-458: que entende a motivação, tendo uma matriz constitucional, como sendo um elemento básico e necessário dos provimentos jurisdicionais. Não havendo motivação, não haveria jurisdicionalidade.

[601] HUMBERTO THEODORO JÚNIOR menciona que "o ato inexistente jamais se poderá convalidar e nem tampouco precisa ser invalidade" (*op. cit.*, p. 330).

ser motivada. Surge-nos à cabeça, caso consideremos que a decisão imotivada não seja decisão, uma falta de interesse de agir recursal, posto que se não há decisão, não há direito ao recurso. Ato jurídico inválido existe; ato *inexistente* não[602], não sendo possível sequer dizer que é ato, mas mero fato irrelevante para a ordem jurídica[603] [604].

Ademais, possibilitaria o magistrado de prolatar novel decisão fundamentada, em contrariedade com a primeira, mesmo que esgotado seu mister[605]. Além disso, possibilitaria a parte a se escusar de cumprir a decisão alegando sua inexistência.

Caso assim entendêssemos, a única forma de impugnação da decisão com ausência de fundamentação seria uma ação declaratória de inexistência do ato, para que fosse reconhecido aquele ato como “inexistente”, mas que figura no processo como algo atípico. Tal entendimento não nos parece coadunar com os bons preceitos do direito processual moderno.

O Tribunal Constitucional português se manifestou com inquestionável sabedoria que a declaração de inconstitucionalidade incide sobre normas, e não sobre decisões judiciais[606]. Assim, uma decisão eivada de

---

[602] DIDIER JR., FREDIE. *op. cit.,* p. 256.

[603] THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO*. op. cit.*, p. 330.

[604] Diferente seria, por exemplo, a decisão proferida por pessoa que não é juiz. Essa sim não é ato e portanto inexiste no mundo jurídico (SANTOS, MOACYR AMARAL. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol. II. 23ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 65).

[605] Apesar da nulidade absoluta poder ser reconhecida de ofício e a qualquer grau de jurisdição, imaginemos o problema do magistrado sentenciante, reconhecendo uma deficiência na fundamentação, possa, de ofício, reconhecer da sua nulidade e prolatar nova decisão. Neste sentido, corroborando com o entendimento de THALES TÁCIO P. L. P. CERQUEIRA, entendemos que o juiz que prolatou a decisão só poderá reconhecer do vício e saná-lo quando provocado pela parte através de embargos de declaração (no sistema brasileiro), e “rectificação de erros materiais” ou “esclarecimento e reforma da sentença” (no sistema português.(*op. cit.*, p. 478).

[606] Acórdão n. 361/92 do Tribunal Constitucional, de 12/11/1992 (Armindo Ribeiro Mendes. B.M.J. n. 421-126.

vício de fundamentação não estaria sujeita a declaração de inconstitucionalidade através de ação declaratória[607].

Ademais, as sentenças nulas são rescindíveis e, por isso, podem ser atacada por ação própria, flexibilizando a coisa julgada, dentro do prazo que a lei permite, nada mais podendo ser feito quando decorre o prazo legal para a sua propositura[608]. Já as sentenças inexistentes não são rescindíveis nem transitam em julgado; a forma de atacá-las é a ação declaratória[609].

Fixar se a sentença é nula ou inexistente fixa também qual o mecanismo competente para atacá-la, se recurso ou declaratória de inexistência de ato.

Entendemos, pois, que a decisão judicial defeituosa, que não tem fundamentação, deve ser invalidada por meio de provocação via recurso, pelo qual será alegado *o error in procedendo*, à instância superior[610], ou ao próprio magistrado mediante a via apta[611], dada a omissão.

---

[607] CASANOVA, J. F. SALAZAR. *op. cit.*, p. 28.

[608] No Brasil através da Ação Rescisória e em Portugal através do Recurso de Revisão de Sentença.

[609] DANTAS, FRANCISCO WILDO LACERDA. *Jurisdição, Ação (defesa) e Processo*. vol. II. Alagoas: Editora Nossa Livraria, 2004, p. 191.

[610] O Supremo Tribunal Federal brasileiro entende, temerosamente ao nosso ver, que "em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, do devido processo legal, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações caracterizadoras de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, hipóteses em que também não se revelará cabível o recurso extraordinário" (STF - AI 618795 AgR/RS, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento: 01/03/2011). Logo, não cabe recuso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição brasileira, visando sanar vício de fundamentação – postulado constitucional, direito fundamental, garantia fundamental e dever constitucional do Estado. No mesmo sentido: AI 513804 AgR/MG, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento: 07/12/2010; AI 526899 AgR/SP Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Julgamento: 14/09/2010; AI 795489 AgR/SP Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgamento: 03/08/2010; AI 587873 AgR/RS, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, Julgamento: 25/05/2010. Da análise da jurisprudência relacionada à competência do Supremo Tribunal Federal para analisar possíveis violações ao postulado constitucional da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, podemos observar três posicionamentos: Um primeiro relativo ao cabimento de Mandado de Segurança contra decisões de Comissões Parlamentares de Investigação – CPIs. Que deliberaram a quebra de

Quando reconhecido o *error in procedendo*, o órgão revisor determina que a sentença seja refeita, pelo órgão originário, conforme determina o direito. Neste caso não há a sanação do vício, mas a repetição do ato jurídico, eliminando o seu defeito. Essa repetição implica produção de um novo ato distinto do maculado[612]. Assim, pode ser prolatado por outro juiz que esteja a exercer seu ofício naquele juízo originário, ao contrário de quando ocorre a sanatória no próprio ato, onde só o juiz que o prolatou poderá fazê-lo.

Outra forma de sanatória do vício de fundamentação é o comando substitutivo[613], onde o órgão que irá apreciar o pleito de correção produz ele próprio um ato (decisão), que irá substituir a atacada. Opera-se a reforma da decisão. Neste caso o tribunal reconhece o *error in iudicando* onde o objeto do juízo de mérito, no procedimento recursal, coincide com o objeto da decisão recorrida, ou seja, ambos os pronunciamentos, inferior e superior, versam

---

sigilo de informações (por exemplo, bancárias e telefônicas) de pessoas investigadas. Na grande maioria o STF reconhece a violação ao preceito constitucional e concede a segurança (MS n.ºs 23619, 23843, 23880 e 23964). Uma segunda linha refere-se a fundamentação em matéria penal, decretando a nulidade de decisões sem fundamentação, a exemplo da decisão que recebe a denúncia, mas que não esteja fundamentada (HC n.º 77789; RHC n. 55.926-SP (RTJ 89/787); HC n. 73.131-PR (DUJ de 17/5/1996)). A terceira e última é relativo ao posicionamento que ressaltamos no início da nota, onde, nas causas reguladas pelo Código de Processo Civil, afirmando que a fundamentação das decisões seria regulada por normas infraconstitucionais e no máximo ocasionaria uma violação reflexa à Constituição. Com isso o STF restringe a análise da garantia constitucional à motivação das decisões a um mero controle formal, lógico e praticamente abstrato, esvaziando a motivação do ponto de vista endoprocessual e extraprocessual, incidindo em erro no que deveria finalmente corrigir. (GONÇALVES NETO, DIÓGENES M. *op. cit.*, p. 53/54).

[611] Embargos de declaração no sistema processual brasileiro e "rectificação de erros materiais" e "esclarecimento e reforma da sentença" no caso do sistema processual civil português. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro já se manifestou sobre o cabimento de embargos de declaração opostos em face de qualquer decisão que não cumpra o postulado da fundamentação das decisões judiciais, inclusive em face de decisão interlocutória (STJ – Embargos de Divergência e Recurso Especial n.º159.317/DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Publicação no Diário de Justiça de 26.04.1999, p. 36). Sobre menção expressa na doutrina, vide: OLIVEIRA, VALLISNEY DE SOUZA. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 113.

[612] SILVA, BECLAUTE OLIVEIRA. *op. cit.*, p.194.

[613] Nas palavras de ELPÍDIO DONIZETTI o efeito substitutivo consiste em substituir a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso (*Curso Didático de Direito Processual Civil*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 469).

sobre a mesma matéria, e em assim o sendo, não pode subsistir duas decisões com o mesmo objeto, oportunidade em que a superior irá substituir a inferior[614].

A ponderação dessas questões, já que o vício de fundamentação é matéria de ordem pública e pode ser reconhecido a qualquer tempo, de ofício e em qualquer grau de jurisdição, torna-se importante. Se o tribunal entender que a decisão é nula por ausência de fundamentação e que não podem ser aproveitados os atos posteriores à sentença, deverá anular tudo e remeter o processo ao juízo competente para que nova decisão seja proferida, ou, caso impere insuficiência de fundamentação, ou outro vício que o tribunal entenda ser possível sanar, deverá proferir nova decisão, devidamente fundamentada, substituindo a viciada. Dessa forma, mesmo com o reconhecimento da nulidade, os atos posteriores seriam aproveitados.

Note-se que caso o recurso verse tão somente quanto aàausência de fundamentação, não pugnando pela reforma sob outros argumentos, mas tão somente pela nulidade, o tribunal de recurso, quando entender prolatar decisão substitutiva, pelo princípio da restrição à causa de pedir recursal, bem como pela vedação do *reformatio in peius*, está vinculado ao resultado final do julgado. Ou seja, deve proferir nova decisão, com o mesmo resultado, devidamente fundamentada. Tarefa que dependendo da situação, pode revelar extrema complexidade[615].

No sistema processual civil de Portugal, cabível reclamação ao próprio tribunal quando se tratar de acórdão eivado de vício de

---

[614] MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*. 25ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 128.

[615] Imaginemos se determinada parte recorre ao tribunal pleiteando o reconhecimento de uma nulidade em uma decisão interlocutória sob fundamento de ausência de fundamentação. A matéria do recurso se restringe a essa causa de pedir. O tribunal, caso reconheça a nulidade, deverá ou declará-la e anular todos os atos posteriores, remetendo o processo ao juiz competente para que prolate nova decisão, ou, caso entenda ser devido ele mesmo sanar o vício, deverá prolatar nova decisão, substituindo a anterior, só que com o mesmo resultado, sanando apenas o vício de fundamentação.

fundamentação[616]. Prevendo, o mesmo diploma legal que a sentença sem fundamentação fática e de direito é nula[617].

Ainda quando se tratar de decisão interlocutória, que não esgota a função do magistrado diante do seu grau de jurisdição, a decisão poderá ser impugnada mediante simples petição, ou até mesmo embargos de declaração no sistema brasileiro[618], ao próprio juiz que a proferiu, posto que, em sendo matéria de ordem pública, o juiz pode reconhecer e convalidar o ato *ex officio* até que esteja esgotado seu mister[619].

Após transitada em julgada a decisão, mesmo que imotivada, a forma de impugnação seria a ação cabível para impugnar decisões transitadas em julgado, como é o caso da ação rescisória no Brasil e do recurso de revisão de sentença em Portugal, cabível no prazo previsto em lei. Não sendo impugnada neste prazo, a decisão torna-se imutável, e não admite ser mais revista, por mais grave que seja o vício[620].

Ademais, conforme já asseverado neste trabalho, a motivação não pode ser concebida apenas como um meio de controle institucional (através do sistema recursal), mas também deve ser visto como um meio de permitir um controle geral e difuso da maneira pela qual o tribunal

---

[616] Artigo 653.º/4, do Código de Processo Civil português.

[617] Artigo 668.º/1, alínea b, do Código de Processo Civil português.

[618] Cabíveis também em decisões interlocutórias.

[619] Considerável a crítica de DIÓGENES M. GONÇALVES NETO que "o momento para a motivação dá-se quando a decisão é exarada, sob pena de ao invés de ser considerada justificação própria, tornar-se instrumento de escusa para que a autoridade atue de forma arbitrária e escolha, *a posteriori*, a melhor maneira de se justificar, conforme os efeitos e argumentos que lhe vierem em crítica" (*op. cit.*, p. 43).

[620] HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ensina que "uma característica especial das nulidades processuais é a sanação de todas pelas pela preclusão máxima operada através da coisa julgada. Mesmo as nulidades absolutas não conseguem ultrapassar a barreira da *res iudicata*, que purga o processo de qualquer vício formal eventualmente ocorrido em algum ato praticado irregularmente em seu curso" (*op. cit.*, p. 336). Acrescenta-se as lições de FREDIE DIDIER JR.: "Transcorrido *in albis* o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória (dois anos, art. 495 do CPC), a decisão judicial, por mais defeituosa que seja, não mais poderá ser revista" (*op. cit.,* p. 266). "o único tipo de vício que não se sana, nem com o esgotamento do biênio decadencial para a propositura da ação rescisória, é a inexistência" ALVIM, ARRUDA. *op. cit.*, p. 511.

administra a justiça. Em outras palavras, isso implica que os beneficiários da fundamentação não são apenas as partes, seus advogados e o tribunal de recurso, mas também o interesse público[621].

Se a motivação das decisões judiciais não tem como destinatário tão somente as partes vinculadas ao processo, mas a sociedade no geral, qual o mecanismo posto à disposição da sociedade que teria a finalidade de pugnar pelo direito à informação quanto às razões que levou o juiz àquele posicionamento? Adotaremos a sistemática processual brasileira para responder a indagação, porém, com as devidas adaptações, podemos considerá-la aplicável ao sistema português.

Embargos de declaração um terceiro estranho à relação processual não poderia oferecer. Recurso da decisão, regra geral, também não. Ação rescisória, também não. Resta-nos, na sistemática brasileira, o remédio constitucional destinado a atacar ato de autoridade pública – no caso o magistrado – que viola direito líquido e certo do cidadão, qual seja, o mandado de segurança.

Logo, entendemos que caso haja alguma decisão com vício de fundamentação cujas partes não manifestaram a pretensão de ver solucionado o vício, tendo como resultado daquele conflito uma decisão cujos fundamentos não se sabe, ou não se sabe ao todo, tem, qualquer membro da sociedade, independentemente de demonstrar interesse direto na ação, o remédio constitucional do mandado de segurança. Ressalvamos que o direito à informação pela sociedade, conforme já asseverado, está condicionado à publicidade do ato.

Uma decisão fundamentada é direito e garantia fundamental do cidadão, portanto, um direito líquido e certo de ver as decisões do Poder

---

[621] TARUFFO, MICHELE. *La Motivazione della Sentenza Civile*. *op. cit.*, p. 407.

Judiciário, conforme preconiza a Constituição, fundamentadas, e, em assim não tendo diligenciado o magistrado, cabível mandado de segurança[622].

Ademais, entendemos ainda cabível, por hipótese, uma ação de obrigação de fazer em face do magistrado.

Em ambos os casos – mandado de segurança e obrigação de fazer –, não se poderá pretender a reforma da decisão. O objeto da causa será a devida fundamentação daquele julgado. Só quem poderá responder as ações e sanar o vício é o magistrado prolator da decisão, pois a fundamentação é daquela decisão, e somente o juiz que a prolatou é quem pode evidenciar as razões que o levou àquela conclusão. Em não tendo mais condições de proferir julgamento aquele magistrado, não haverá interesse de agir por falta de possibilidade em garantir o que se pretende.

Diz-se isso porque não pode imperar o efeito substitutivo que as decisões de recursos proporcionam às decisões recorridas. Nesse caso, o que se pretende é a exteriorização da fundamentação daquela decisão, coisa que nenhum outro juiz, senão aquele que prolatou a decisão, poderá proporcionar.

Devemos considerar ainda que os efeitos relativos ao reconhecimento da nulidade da decisão, caso esta seja decretada, deve observar a complexidade e tipicidade do caso concreto, preconizando preferencialmente pelo reconhecimento dos efeitos *ex tunc*, ao qual reconhece a nulidade de todos os efeitos emanados do ato ilícito desde a data da sua vigência. Entretanto, dependendo do caso, tal reconhecimento poderia causar enorme prejuízo às partes, o que justificaria uma possibilidade de modulação dos efeitos quando do reconhecimento da nulidade, imperando a substituição da decisão. Assim os atos processuais posteriores à decisão viciada seriam aproveitados.

---

[622] No mesmo sentido, admitindo o cabimento de mandado de segurança no presente caso: ALMEIDA, FLÁVIO RENATO CORREIA. *op. cit.*, p. 208.

Pode, a princípio, parecer que o raciocínio exposto adrede seja um tanto quanto controverso, posto que durante todo o decorrer desse trabalho defendemos que o dever de fundamentação, por constituir elemento do Estado Democrático de Direito e um direito fundamental do cidadão, recebe a maior importância e a mais alta proteção, e assim, poderíamos concluir que em assim o sendo, a inobservância de tamanho preceito legal geraria um vício de nulidade que daria direito a revisão a qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição, e sobretudo não faria coisa julgada material.

Entretanto, não podemos analisar o sistema jurídico de forma isolada, ao passo de primar a observância do dever de fundamentação acima de todos os outros preceitos previstos. Registra-se, por oportuno, que um dos principais princípios existentes atualmente no exercício da jurisdicional é o da segurança jurídica, que conferem uma estabilidade a todo o sistema. Assim, pelo princípio da segurança jurídica não é possível tornar determinadas decisões desprotegidas de imutabilidade ao ponto de não poder transmitir à parte uma segurança quanto a sua presteza.

Apenas por oportuno, quando se fala na possibilidade de sanatória do ato processual – decisão – eivada de ausência de fundamentação a qualquer tempo e grau de jurisdição, é evidente que a decisão deverá ser fundamentada pelo juiz que a prolatou, pois foi ele que exerceu a técnica de cognição e formulou seu juízo de valor para chegar à conclusão estampada no dispositivo[623]. Ademais, a fundamentação deve ser correspondente ao resultado final materializado no dispositivo. Caso não seja possível sanar pelo mesmo magistrado, e impere a nulidade daquele ato, uma nova decisão deverá ser prolatada pelo juízo competente, independentemente do magistrado. Caso o tribunal de recuso entenda seja prejudicial o reconhecimento da nulidade com

---

[623] Tão certa é a premissa que foi objeto de disposição pelo artigo 712.º/5 do Código de Processo Civil português.

efeitos *ex tunc*, em que todos os atos posteriores seriam anulados[624], e uma nova decisão tenha sido prolatada, irá operacionalizar o efeito substitutivo do recurso, em que a nova decisão substitui a antiga, neste caso, devidamente fundamentada, oportunidade em que não haverá convalidação, mas sim substituição[625].

Quanto à ausência de fundamentação, sustenta-se a nulidade na forma mencionada acima. Entretanto, quando se fala de motivação insuficiente, paira dúvida sobre o cumprimento ou não do dever de fundamentação e as possíveis consequências.

O que é insuficiente existe, porém, não como deveria ser. Portanto, no caso da motivação insuficiente, há fundamentação, entretanto a fundamentação não é suficientemente para atender o fim a qual se destina. Falta o requisito "suficiência" da fundamentação. Neste sentido a decisão insuficientemente motivada pode ocultar uma parcela de arbitrariedade[626].

Note-se que a decisão é revestida de vício que a macula, entretanto, a questão é saber se tal vício tem o condão de gerar nulidade da decisão.

Neste caso, poderíamos até entender que o dever de fundamentação foi cumprido, entretanto, em parte. Contudo, parcela da decisão não está fundamentada e, portanto, impera a ausência de fundamentação sobre determinadas questões. O Supremo Tribunal de Justiça português se manifestou que "só uma ausência absoluta de fundamentação, que não uma fundamentação escassa, deficiente ou mesmo medíocre, pode

---

[624] Já que o vício de fundamentação pode ser arguido a qualquer tempo e grau de jurisdição, imaginemos que uma decisão interlocutória de concessão de liminar, eivada de vício, venha a ser decretada nula pela mais alta corte recursal do país. A nulidade de todos os atos posteriores à decisão interlocutória, inclusive sentença e etc., causaria grande prejuízo a ambas as partes. Neste caso, melhor seria a prolatação de nova decisão pelo tribunal de recurso que irá substituir a viciada decisão interlocutória, ao invés da nulidade de todo o processo.

[625] Por exemplo, a inteligência do artigo 668.º/4, combinado com o 715.º/1 do Código de Processo Civil português.

[626] SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA. *op. cit.*, p. 471.

ser arvorada em causa geradora da nulidade da decisão”[627]. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro se manifestou "Quanto à fundamentação, atenta-se contra o art. 93, IX, da Constituição, quando o *decisum* não é fundamentado; tal não sucede, se a fundamentação, existente, for mais ou menos completa. Mesmo se deficiente, não há ver, desde logo, ofensa direta ao art. 93, IX, da Lei Maior"[628].

Uma coisa é importante registrar, há vício na fundamentação que carece de reparação. Uma fundamentação deve ser suficiente, como já mencionado nesse trabalho. Se a fundamentação é insuficiente, há ausência de fundamentação sobre determinadas questões que merecem ser sanados. Portanto, assim como na decisão que padece de ausência de fundamentação, a fundamentação insuficiente deixa questões obscuras e sem racionalidade, o que pode acobertar determinados abusos e ilegalidades no exercício do poder.

A fundamentação vem como instrumento de limitação de poder, e a nulidade dela opera para que um ato prolatado de forma obscura e subjetiva, que pode esconder uma atuação autoritária, parcial, às margens do direito, não possa persuadir seus efeitos. Se a fundamentação aborda determinadas questões, mas se omite em relação a outras, essas outras não fundamentadas podem esconder todas essas máculas cuja fundamentação vem evitar. Nesse sentido, opera-se a ausência de fundamentação sobre determinadas questões.

Como o sistema de nulidade das sentenças, conforme proposto, não opera de pleno direito e apenas constitui matéria de ordem pública que pode ser reconhecida e sanada a qualquer tempo e grau de jurisdição, temos que a consequência prática de afirmar se essa decisão seja nula ou apenas eivada de vício seja a mesma.

---

[627] Supremo Tribunal de Justiça Português, Acórdão 51/00.

[628] Supremo Tribunal Federal brasileiro, Acórdão proferido no Agravo de Instrumento n.° 351.384, Relator, Min. Néri da Silveira, julgamento em 26-2-02, DJ de 22-3-02.

Afinal, a evidência é a mesma, de que a prestação jurisdicional não foi prestada de forma satisfatória e que carece de vício de fundamentação, devendo o próprio Judiciário corrigir tal vício.

Contudo, neste caso de fundamentação parcial, não parece mais fazer sentido ser a regra a nulidade com efeitos *ex tunc*, onde todos os demais atos posteriores à decisão fundamentada parcialmente sejam reconhecidos por nulos. Neste caso deve-se primar pela sanatória do ato, imperando hipótese de substituição.

Resta-nos analisar ainda a questão da decisão cuja motivação não faça nexo com o dispositivo. Note-se que para que a decisão seja motivada deve haver uma racionalidade que demonstre o entendimento lançado naquela decisão. Uma decisão que está fundamentada com fatos e argumentos que não têm nexo com aquela causa não pode estar fundamentada. Não há fundamentos, sequer insuficientes, que demonstre a razão pela qual o magistrado decidiu de determinada forma. Há um texto argumentativo naquela sentença, e isso não podemos negar, mas o texto é dicotômico com o objeto da causa e não pode ser entendido como fundamento desta. A argumentação não leva à conclusão. Assim, não há como considerar que uma decisão cuja fundamentação não tenha nexo com a causa esteja devidamente fundamentada, restando essa por nula, assim como a que padece de ausência de fundamentação[629].

Apenas para finalizar, consideramos importante registar, inclusive com base em tudo o que foi dito até agora no trabalho, que qualquer vício de

---

[629] Há entendimento na jurisprudência brasileira que a sentença que não haja nexo entre a fundamentação e o dispositivo é nula. A exemplo: “Nula é a sentença que, pelo exame de sua fundamentação, se verifica que o juiz decidiu outra ação, e não a que estava afeta ao seu pronunciamento” Supremo Tribunal Federal brasileiro, RJTJERGS 167/408, relator Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 150/269”; “quando os fundamentos não justificam a parte dispositiva da sentença e destoam do relatório, considera-se imotivada (a sentença)” Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao julgar a Apelação Cível n. 95.01.03248-5-DF em 26/03/1996, publicado no Diário da Justiça de 16/05/1996.

fundamentação causa não só no descumprimento da lei, mas constitui verdadeiro atentado aos direitos fundamentais, à democracia, ao Estado de Direito e aos valores inseridos na Constituição[630] [631].

CONCLUSÃO

Podemos concluir, diante de tudo o que foi exposto no decorrer do trabalho, que a motivação constitui a exteriorização do raciocínio alcançado pelo magistrado para chegar à conclusão estampada na decisão. A motivação deve ser uma argumentação racional que conduza o destinatário a uma compreensão e aceitação de que a decisão não foi fruto de mero capricho ou sorte, mas sim de verdadeira aplicação do direito. O juiz deve analisar na fundamentação o conteúdo fático, probatório e de direito pertinentes à causa.

---

630 OLIVEIRA NETO, OLAVO. *op. cit.*, p. 203.

631 No que tange a sistemática recursal brasileira, é necessário evoluir ao ponto de superarmos a distinção entre "questão de fato" e "questão de direito" para visualizar os pressupostos dos recursos extraordinários. A verdadeira missão das Cortes excepcionais é o controle da motivação fática das sentenças, bem como o controle de erros de fato, na apreciação da prova, seja pela ilogicidade dos fundamentos aceitos pela sentença, seja pela "incompletude" da análise da prova, determinante de erro na aplicação do direito (SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA. *op. cit.*, p. 480). Se a necessidade de uma motivação suficiente, clara, e racional é imposição por norma constitucional, é direito fundamental dos cidadãos, é garantia de outros direitos fundamentais, excluir de apreço pelas Cortes superiores qualquer mau cumprimento do dever constitucional do magistrado de fundamentar sua decisão é violar todo o sistema constitucional democrático de direito. As Cortes Superioras devem atrair para si o dever de proteger os direitos fundamentais, inclusive o cumprimento ao direito fundamental do cidadão em ter a adequada informação sobre a administração da justiça e sobre a legalidade e justiça quando do exercício da jurisdição. As questões fáticas não podem ser dissociadas da aplicação do direito no caso concreto. A aplicação do direito depende indissociavelmente da construção fática e da colheita de provas. Essa análise deve ser sempre analisada na sua globalidade. O fato nada é sem o direito, e nem mesmo o direito sem o fato, dessa união nasce o verdadeiro sentido de cognição. A correta apreciação dos elementos fáticos é que permite a adequada aplicação do direito (SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA. *op. cit.*, p. 481). Se é essa análise que irá formar o núcleo da fundamentação das decisão. Se é essa adequada análise é que irá satisfazer o cumprimento da norma constitucional, o respeito do direito-garantia fundamental. Essa questão não pode ser excluída de apreço pelas Cortes Superiores, devendo, estas, quando da análise da adequada fundamentação, se reportar à interpretação de todo o processo cognitivo formulado na sentença, tanto quanto às questões fáticas, quanto às de direito, para proporcionar o efetivo cumprimento do papel de Corte Suprema, garantidora do Estado Democrático de Direito e dos Direito Fundamentais.

A fundamentação não constitui mero comando legal desprovido de sentido. Dentre algumas de suas finalidades podemos destacar a função de proporcionar a pacificação social; a legitimidade da decisão, do juiz e do tribunal; o autocontrole e o controle social das decisões; a garantia ao direito ao recurso; o controle da correção material e formal por seus destinatários; a compreensão da decisão; o exercício da função do Estado de forma transparente e aberta; a função pedagógica; a evolução jurisprudencial; a responsabilidade do Estado, dentre outras, tendo como destinatários as partes envoltas no litígio, os tribunais, o próprio Estado e a sociedade como um todo.

O dever de fundamentação representa instituto de tamanha importância para o equilíbrio do Estado que estabelece relação íntima com o Estado Democrático de Direito. Com o Estado de Direito porque este se submete às leis, e, portanto, deve justificar suas ações através da demonstração de cumprimento, agindo de forma transparente e aberta, possibilitando que o próprio Estado, bem como a sociedade, possa controlar o exercício do poder. Com a democracia porque pressupõe a transparência no exercício do poder, a fim de proporcionar um controle social e democrático do exercício da função do Estado. O Poder Judiciário, dada sua tipicidade de não ser composto por representantes do povo, necessita, ainda mais que os outros poderes, de legitimidade, devendo propiciar meios que permitam à sociedade aferir e controlar o exercício democrático do poder. O controle das decisões judiciais só será possível através da fundamentação, que irá externar as razões do julgamento, demonstrando que a decisão foi prolatada conforme a melhor interpretação e aplicação do direito democraticamente elaborado, o que, como exposto, irá legitimar a atuação do Judiciário.

Essa relação com o Estado Democrático de Direito fez com que o instituto da fundamentação viesse a ser positivada nos ordenamentos constitucionais, outorgando-lhe *status* de norma suprema, a exemplo do que fez a Constituição brasileira e portuguesa. A consagração a nível constitucional

fez com que o dever de fundamentação se tornasse princípio geral, condição inerente às normas previstas na Lei Máxima, o que acaba por impor obediência a todo o ordenamento jurídico independentemente da existência de lei ordinária que especifique a matéria. Isso implica ainda que as normas infraconstitucionais só possuirão validade se estiverem em consonância com a obrigatoriedade da fundamentação, e qualquer disposição que a contrarie será considerada inconstitucional.

A consagração a nível constitucional não lhe outorga apenas o *status* de norma constitucional. Dada a sua natureza, o dever de fundamentação assume a condição de direito e garantia fundamental.

De direito fundamental porque é resultante de um direito à informação perante o Estado. Uma informação sobre o exercício do poder e sobre a administração da justiça, correspondendo a um direito prestacional de todos os indivíduos que compõem aquela comunidade político-jurídica. Para as partes, além desse direito à informação, corresponde a um direito fundamental processual, pois possibilita a participação no procedimento para a formação da vontade do Estado, que através da decisão, intervirá na esfera de seus interesses.

Esses procedimentos visam precipuamente à defesa dos direitos materiais que são objetos da lide; daí a relação dos direitos fundamentais processuais e as garantias fundamentais.

A fundamentação ganha simultaneamente a condição de garantia individual, porém, sua função garantista não se restringe aos direitos materiais. A fundamentação nasce e se mantém até hoje com a função de limitar o poder do Estado, garantindo a jurisdição imparcial e efetiva, o Estado de Direito, a tripartição dos poderes, a democracia e etc. Daí a sua natureza também de garantia institucional.

A finalidade revelada pelo procedimento de fundamentar as decisões judiciais é garantista, tanto de direitos como de instituições. Já a posição de vantagem que o indivíduo goza, que é a de ter revelado os fundamentos da decisão, corresponde a um direito fundamental.

Para o Estado, estar submisso a um direito fundamental significa que deva dar a maior eficácia possível, criando meios que propiciem essa conquista. Deve ainda respeitá-lo acima de todo o restante do ordenamento jurídico, sendo o direito fundamental o norte para toda a atuação estatal. Logo, a fundamentação, em sendo um direito fundamental, constitui um dever constitucional de cumprimento e de proteção para o Estado.

Portanto, no que concerne às naturezas jurídicas da fundamentação, podemos destacar a de direito e de garantia fundamental, além de dever constitucional do Estado. As naturezas jurídicas revelam-se indissociavelmente, já que a manifestação como direito fundamental, a exemplo, não exclui a sua condição de garantia. O magistrado, ao prolatar uma decisão devidamente fundamentada, que cumpre todas as suas finalidades e requisitos, estará, com o único ato de fundamentar a decisão, cumprindo seu dever constitucional como agente estatal, promovendo à sociedade um direito fundamental à informação, promovendo às partes, além da informação, um direito fundamental procedimental bem como garantindo-lhes a proteção de outros direitos, além de estar preservando instituições como o Estado de Direito, a democracia, o Poder Judiciário, etc.

A consagração como direito fundamental outorga ao indivíduo um direito subjetivo capaz de lhe possibilitar pleitear perante o Poder Judiciário a promoção e a preservação da decisão devidamente fundamentada. E mais, pela eficácia irradiante dos direitos fundamentais o Judiciário deve promover pela máxima eficácia da fundamentação da decisão, cabendo a ele reparar qualquer vício e evitar qualquer ameaça.

Pelo fato do dever de fundamentação ser considerado um direito fundamental, recebe a proteção dada às cláusulas pétreas ou de irrevisibilidade, a qual impõe um limite material de revisão à Constituição.

Sobre a fonte do comando legal que prevê, dentro dos ordenamentos jurídicos, o dever de fundamentação, podemos destacar aquelas cuja previsão encontra-se na Constituição, na legislação ordinária, bem como apenas no costume jurisprudencial.

Quanto à estrutura da fundamentação, citamos como requisitos a clareza, coerência, a necessidade da fundamentação vir expressa na decisão, além da suficiência que se espera da prestação jurisdicional, devendo abarcar todos os argumentos lançados pelas partes quando do uso da ampla defesa e do contraditório.

A fundamentação abarca os fatos e o direito aplicado àquele caso, exceto quando a matéria for exclusivamente de direito. O juiz não está adstrito ao direito arguido pelas partes, contudo, nesse caso, é imperioso a análise daqueles direitos invocados para que o exercício da jurisdição explique a negativa ou acolhimento daquela interpretação. Nesse sentido a fundamentação da decisão deverá responder por que o magistrado deixou de aplicar aquela interpretação do direito proposta pela parte.

Logo, a fundamentação não deve se ater à justificação da tese vencedora, mas deve ainda expor por quais razões a tese sucumbente não foi digna de prosperar.

O magistrado deve fazer constar na fundamentação qual a fonte do direito que justificou aquela decisão, mencionando de forma expressa os comandos normativos que sustentaram sua conclusão, ou, na ausência deste, quais os fundamentos jurídicos foram utilizados. No sistema de precedentes, deve demonstrar quais os julgados serviram de base para aquela conclusão.

Admite-se a fundamentação por remissão desde que não tenha sido suscitado fato ou argumento novo à causa após a decisão que se reporta; que a peça ao qual se reporta esteja devidamente fundamentada e que esteja nos autos do processo em que a decisão será prolatada, devendo ainda ser justificada a opção por aquela remissão.

Apesar de exigir grande cautela por parte dos magistrados, a fundamentação implícita torna-se possível apenas para os casos que a análise de determinada questão torna-se irrelevante pela posição tomada na causa, ou seja, quando a negativa de determinada questão secundária está implícita na negativa da principal – se não há principal não há acessório. Por entendermos que o magistrado está obrigado a se pronunciar sobre todos os argumentos e pretensões das partes, se o magistrado nega fundamentadamente algo que seja principal, os seus respectivos acessórios restarão implicitamente improcedentes, ou melhor, restarão por prejudicados, dispensando fundamentação expressa. Ademais, é admissível também em caso de teses contrapostas, em que o acolhimento fundamentado de uma acaba por rejeitar de forma reflexa a outra.

A fundamentação concisa deve ser idealizada, desde que seja capaz de externar de forma clara, expressa, coerente e suficiente as razões que levou o juiz a decidir, não admitindo ausência ou insuficiência de fundamentação sobre nenhuma questão.

Quanto aos vícios de fundamentação podemos, a princípio, constatar três hipóteses: a ausência de fundamentação, a fundamentação insuficiente e a falta de nexo entre a fundamentação e o dispositivo.

Todas conduzem à nulidade absoluta da decisão, com a ressalva relativa à teoria das invalidades dos atos processuais, que é a de que o ato produz efeito até que seja reconhecida a sua nulidade. Nesse sentido, a ausência de fundamentação pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, sendo declarada nula aquela decisão e, em regra, prejudicados

todos os atos posteriores, devendo uma nova decisão ser prolatada pelo juízo competente. Entretanto, quando o prejuízo dessa nulidade, neste formato, for substancial às partes e não justificar a retroatividade dos efeitos, uma nova decisão deverá ser prolatada pelo tribunal de recurso, substituindo a viciada, aproveitando os atos posteriores à decisão viciada.

Quanto à insuficiência de fundamentação temos o cumprimento parcial do comando constitucional, contudo, questões inerentes ao objeto da lide carecem de fundamentação, e, portanto, há a ausência de fundamentação sobre alguns pontos. Nesse caso, opera-se a nulidade de qualquer forma, entretanto, haja vista a parcialidade da ausência, deve-se primar pela sanatória do ato e não pela retroatividade da nulidade. Preferencialmente o vício deve ser sanado pelo tribunal de recurso, proferindo novel decisão, completamente fundamentada, que irá substituir a anterior.

A falta de nexo entre a fundamentação e o dispositivo corresponde a uma total ausência de fundamentação, já que a fundamentação não corresponde a fundamentos daquela causa. A decisão tem fundamentos, mas o texto argumentativo é estranho às suas peculiaridades. Assim, opera-se o mesmo regime da ausência de fundamentação.

É importante asseverar ainda que o vício de fundamentação não gera interesse na correção apenas às partes envolvidas no litígio. Por ser um direito fundamental à informação, qualquer um da sociedade poderá pleitear, pela via apta, a sanatória do vício, desde que aquela decisão seja revestida de publicidade.

Outra importante consideração é a de que, sob influência do contexto constitucional, sobretudo dos princípios que regem o exercício da função pública no Estado Democrático de Direito, não podemos concluir que o comando normativo imponha um dever simples de fundamentação, mas sim que impõe um dever de uma adequada e justa fundamentação. Não é um

dever de fundamentar a decisão, mas sim um dever de fundamentar devidamente e adequadamente a decisão.

Apenas para registro, diante das posições tomadas no decorrer trabalho, é conclusivo a impertinência de eventuais questionamentos que consideram ser desnecessário fundamentar a última decisão proferida pelo Poder Judiciário, aquela que não caiba mais recurso. A decisão não tem por finalidade tão somente propiciar o recurso, mas serve como forma de controle social da administração da justiça, de uniformização de jurisprudência, e tantas outras finalidades que acabam por outorgar uma maior importância à fundamentação das decisões de última instância.

Ademais, não há como estipular uma fórmula para conceituar um padrão de fundamentação, uma forma pré-determinada que há de satisfazer todas as exigências de fundamentação. Por mais que se estude a teoria da argumentação, por mais que se considere em nível de profundidade dos debates quanto aos pontos controvertidos da causa, por mais que se preserve pela clareza, racionalidade e suficiência da fundamentação, são as especificidades do caso concreto que irão determinar a amplitude daquela fundamentação. Cada decisão é uma decisão, individualmente considerada, e, portanto, irá requerer uma específica fundamentação. Entretanto, não podemos esquecer que toda e qualquer decisão deverá ter atendidos os requisitos ao qual se presta, inclusive a suficiência, para que possa atender às finalidades impostas. Será o caso concreto que dirá quais os limites da suficiência daquela decisão.

Por fim, reforçamos a ideia de que o tema relativo ao "dever de fundamentação das decisões judiciais" foi desenvolvido sob um prisma do Direito Constitucional geral, sem referendar a áreas específicas do direito. As considerações feitas, com exceção das especificidades reveladas nos sistemas jurídicos brasileiro e português, são aplicáveis ao instituto da "motivação" em uma globalidade de conceitos relativos ao Estado Democrático de Direito, à

Constituição, e à teoria geral dos direitos fundamentais. Assim, sem mencionarmos um ordenamento jurídico específico, se o Estado é Democrático de Direito, com todos os conceitos englobantes, o dever de fundamentação será, na sua função de externar as razões de decidir, uma garantia e um direito fundamental, seja materialmente ou formalmente, e, ainda que não previsto expressamente, poderá ser extraído daquela forma de Estado.

Desta sorte, diante de todo o exposto, defendemos que sem fundamentação não existem decisões justas. Sem fundamentação ou mesmo com uma fundamentação deficiente, esparsa ou incompleta, não se faz, em *ultima ratio*, JUSTIÇA.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, CARLOS PINTO. Do dever de fundamentação das decisões judiciais penais em matéria de facto. *Revista Jurídica*. Lisboa: Nova Série, n. 23, nov. 1999;

AGRA, WALBER DE MOURA. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010;

AINIS, MICHELE. La motivazione in fatto della sentenza costituzionale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: anno 48, n. 1, mar. 1994;

ALBERNAZ, FLÁVIO BOECHAT. O Princípio da Motivação das Decisões do Conselho de Sentença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 5, n.°19, Jul./Set., 1997;

ALENCAR, ROSMAR ANTONNI RODRIGUES CAVALCANTI. Segurança Jurídica e Fundamentação Judicial*. Revista de Processo*. Ano 32, n. 149, jul. 2007;

ALEXANDRINO, JOSÉ MELO. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Estoril: Princípia Editora, 2007;

ALMEIDA, FLÁVIO RENATO CORREIA. Da Fundamentação das Decisões Judiciais. *Revista de Processo*. ano 17, n. 67, jul./set. 1992;

ALMEIDA, GUILHERME HENRIQUE DE LA ROCQUE. O Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo, Direito Público*. Belo Horizonte: ano 08, n.º 84, fev. 2008;

ALVIN, ARRUDA. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. I, 8ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003;

AMORIM, JOSÉ ROBERTO NEVES. *Fundamentos Atuais do Processo Civil*. vol. I. Barueri: Editora Manole, 2004;

AMORIM, LETÍCIA BALSAMÃO. Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado Democrático de Direito. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 38, maio 2006;

ANACLETO, NOÉMIA NEVES. Legitimação do poder judicial. *Julgar*. Lisboa: nº 8, maio/ago. 2009;

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª Edição. Coimbra: Editora Almedina, 2010;

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Editora Almedina, 1987;

ARAGÃO, E. D. MONIZ. Garantias fundamentais na nova constituição. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: ano 8, n. 14, 1º semestre de 1993;

BÁNEZ, ANDRES. Poder judicial e democracia política: lições de um século. *Sub Judice: Justiça e sociedade*. n. 19, jul./dez. 2000;

BARBAS HOMEM, ANTÓNIO PEDRO. Reflexões sobre o justo e o injusto: a injustiça como limite do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: vol. 39, n. 2, 1998;

BARRACHO, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA. *Regimes Políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977;

BARROSO, LUIS ROBERTO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010;

BARROSO, LUIS ROBERTO. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In:* QUARESMA, REGINA; OLIVEIRA, MARIA LUCIA; OLIVEIRA, FARLEI (coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Editora Forense;

BASTOS, CELSO RIBEIRO, *Curso de Direito Constitucional*, 12ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1990;

BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 15.° Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2004;

BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2005;

BONAVIDES, PAULO. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas considerações sobre o Brasil). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: n. 7, 2003;

BONAVIDES, PAULO; MIRANDA, JORGE; AGRA, WALBER DE MOURA. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009;

BORGES, HERMENEGILDO FERREIRA. *Vida, Razão e Justiça, Racionalidade Argumentativa na Motivação Judiciária*. Coimbra: Minerva Coimbra, 2005;

BULOS, UADI LAMMÊGO. *Constituição Federal Anotada*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005;

BULOS, UADI LAMMÊGO. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007;

CALAMANDREI, PIERO. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Ary dos Santos (trad.). 4ª Edição. Lisboa: Livraria Clássica Editora,1971;

CALAMANDREI, PIERO. *Proceso y Democracia*. Hector Fix Zamudio (trad.). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America;

CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. I. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

CANOTILHO, J. J. GOMES. Constituição e Défice Procedimental. *In: Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008;

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina;

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Editora Almedina;

CANOTILHO, J. J. GOMES. Métodos de Protecção dos Direitos, Liberdades e Garantias. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Boletim comemorativo do 75.º, Tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD), 2003;

CANOTILHO, J. J. GOMES. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: vol. LXVI, 1990;

CARRILLO, MARC. Poder Judicial y Estado Democrático. In: POLETTI, RONALDO REBELLO DE BRITO (org.). *Notícia do Direito brasileiro*. Brasília: Nova Série, n.º 9, 2002;

CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

CASANOVA, J. F. SALAZAR. Problemas processuais da falta e da insuficiência da motivação das decisões judiciais. *Boletim Informação & Debate*. Série 3, n. 6, abr. 2002;

CAYMMI, PEDRO LEONARDO SUMMERS. O Papel da Fundamentação das Decisões Judiciais na Legitimação do Sistema Jurídico. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 17, ago. 2004;

CERQUEIRA, THALES TÁCIO P. L. P.. *Manual de Sentença Criminal*. vol. I. São Paulo: Editora Premier Máxima, 2007;

CIRILO, NATÁLIA CRISTINA DO NASCIMENTO. O processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal e o Estado Democrático de Direito na perspectiva da Teoria Discursiva do Direito. *In*: CASTRO, JOÃO ANTÔNIO LIMA (coord.). *Direito Processual: Interpretação Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Publicação da PUC Minas: Instituto de Educação Continuada, 2010;

CLÈVE, CLÈMERSON MERLIN. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. *Debates: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. ano 1999, n.° 20, Konrad Ademauer Stiftung;

CORTÊS, ANTÓNIO ULISSES. A Fundamentação das Decisões no Processo Penal. *Direito e Justiça, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. Universidade Católica Editora. Volume XI, Tomo 1, 1997;

CUNHA JÚNIOR, DIRLEY. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Podivm, 2008;

DANTAS, FRANCISCO WILDO LACERDA. *Jurisdição, Ação (defesa) e Processo*. vol. II. Alagoas: Editora Nossa Livraria, 2004;

DANTAS, IVO. *Constituição & Processo*. vol. I. Curitiba: Editora Juruá, 2004;

DANTAS, PAULO ROBERTO DE FIGUEIREDO. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2009;

DELGADO, JOSÉ AUGUSTO. A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão. *In:* ALMEIDA FILHO, AGASSIZ; CRUZ, DANIELLE ROCHA (coord.). *Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005;

DIAS, RONALDO BRETAS DE CARVALHO. Fundamentos Constitucionais da Jurisdição no Estado Democrático de Direito. *In*: GALUPPO, MARCELO

CAMPOS (coord.). *Constituição e Democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009;

DICIONÁRIO HOUAISS, http://houaiss.uol.com.br;

DICIONÁRIO MICHAELIS, www.michaelis.uol.com.br;

DIDIER JR., FREDIE. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. vol. 1. 11.ª edição. Salvador: Editora Podivm, 2009;

DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARLO; OLIVEIRA, RAFAEL, *Curso de Direito Processual Civil - Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada*. vol. II. 2.ª edição. Salvador: Editora Podivm, 2008;

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001;

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 5ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005;

DINIZ, MARIA HELENA. *Dicionário Jurídico*. vol. II – D-I. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005;

DINIZ, MARIA HELENA. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1998;

DONIZETTI, ELPÍDIO. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008;

DONIZETTI, ELPÍDIO. *Redigindo a Sentença*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997;

DWORKIN, RONALD. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

EDITORIAL. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. ano 12, n.º 138, maio 2004;

FABRÍCIO, ADROALDO FURTADO. As Relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário no constitucionalismo contemporâneo. *Debates, A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. ano 1999, n.° 20, Konrad Ademauer Stiftung;

FACHIN, ZULMAR. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2008;

FARIA JÚNIOR, CÉSAR. A Motivação das Decisões como Garantia Constitucional e seus Reflexos Práticos. *Ciência Jurídica*. ano V, vol. 40, jul./ago. 1991;

FERNANDES, ANTONIO SCARANCE. *Processo Penal Constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

FERNANDES, BERNARDO GONÇALVES. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

FERNANDES, JOSÉ HENRIQUE LARA. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005;

FERNANDES, JOSÉ HENRIQUE LARA. O Devido Processo Legal e a Fundamentação das Decisões Judiciais na Constituição de 1988. *In:* GRECO, LEONARDO; NETTO, FERNANDO GAMA DE MIRANDA (org.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005;

FERRAJOLI, LUIGI. O Estado Constitucional de Direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade. *Revista do Ministério Público*. Eduardo Maia Costa (trad.). ano 17, n. 67, jul./set. 1996;

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *A Democracia Possível*. São Paulo: Editora Saraiva, 1972;

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *Curso de Direito Constitucional*. 34ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008;

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *Estado de Direito e Constituição*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1999;

FONSECA, RICARDO CALIL. Judiciário: A Essência da Justiça na Fundamentação das Decisões. *Justilex*. ano VI, n. 69, set. 2007;

FRANCISCO, JOSÉ CARLOS. *In:* DIMOULIS, DIMITRI (coord.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007;

FREITAS, JOSÉ LEBRE. *Introdução ao Código de Processo Civil: Conceitos e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996;

FRIEDE, REIS. *Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado: Teoria Constitucional e Relações Internacionais*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2002;

GIACOMOLLI, NEREU JOSÉ; DUARTE, LIZA BASTOS. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da Associação dos juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: vol. 33, n. 102;

GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES. A motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988: funções políticas e processuais. *Revista do Advogado*. ano XXVIII, nº, 99, set. 2008;

GOMES, JOAQUIM CORREIA. A motivação judicial em processo penal e as garantias constitucionais. *Julgar*. Lisboa: n. 6, set./dez. 2008;

GONÇALVES NETO, DIÓGENES M.. Decisões Judiciais: motivação inexistente, parcial ou fictícia e a violação ao Estado Democrático de Direito. *Revista do Advogado*. ano XXV, n.° 84, dez. 2005;

GONÇALVES, WILLIAM COUTO. *Garantismo, Finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004;

GOUVEIA, JORGE BACELAR. *Manual de Direito Constitucional*. vol. 2. 2ª Edição. Coimbra: Editora Almedina;

GRECO FILHO, VICENTE. *Direito Processual Civil Brasileiro*. vol. I. 20ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007;

HABIB, SÉRGIO. O Julgamento por Ementa nos Tribunais e o Princípio da Obrigatoriedade de Fundamentação das Decisões Judiciais. *Revista Jurídica Consulex*. ano XII, n. 274, 15 de jun. 2008;

HARTMANN, ÉRICA DE OLIVEIRA. A motivação das decisões penais e as garantias do artigo 99, XI, da Constituição da República. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba: vol. 38, 2003;

HARTMANN, ÉRICA DE OLIVEIRA. *A Parcialidade do Controle Jurisdicional da Motivação das Decisões*. Curitiba: Conceito Editorial, 2010;

HERNÁNDEZ, IGNACIO COLOMER. La motivacioón de lãs sentencias: aproximación de um modelo. *Revista de Derecho Procesal*. Madrid: n.° 1-3, 2001;

HERTEL, JAQUELINE C. SAITER. *As Dimensões Democráticas nas Constituições Brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007;

HESSE, KONRAD. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Luís Afonso Heck (trad.). Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 20ª Edição, 1998;

HOMEM, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS DE ARAGÃO SOARES. A Fundamentação da Decisão como Discurso Legitimador do Poder Judicial. *Boletim Informação & Debate*. Lisboa: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, IV.ª Série, n.° 2, dez. 2003;

IRIBARNE, MANUEL FRAGA. A Crise da justiça como ameaça de rotura do sistema constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. XLI, n. 2, 2000;

JANSEN, EULER. *Manual de Sentença Criminal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006;

JELLINEK, GEORG. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Editora Albatros, 1981;

KELSEN, HANS. *Teoria Pura do Direito*. João Baptista Machado (trad.). 5.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1979;

LAMEGO, JOSÉ. Fundamentação material e justiça da decisão: a meta de decisões materialmente justas e os seus limites. *Revista Jurídica*. Lisboa: Nova Série, n.8, out./dez. 1986;

LEAL, ANDRÉ CORDEIRO. *O Contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002;

LEMES, GILSON SOARES. Técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Jurisprudência Mineira*. Belo Horizonte: ano 58, vol. 183, out./dez. 2007;

LEMOS, JONATHAN IOVANE. Garantia à motivação das decisões. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: ano 17, n. 67, jul./set. 2009;

LENZA, PEDRO. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14.ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010;

LLORENTE, FRANCISCO RUBIO. Los Deberes Constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: ano 21, n. 62, mayo/ago. 2001;

LOBATO, ANDERSON CAVALCANTE. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito*. Curitiba: ano 28, n. 28;

LOEWENSTEIN, KARL. *Teoria de la Constitución.* Alfredo Gallego Anabitarte (trad.). Barcelona: Editora Ariel, 1982;

LOPES FILHO, JURACI MOURÃO. Direitos e garantias fundamentais: garantias processuais e garantias materiais. *Revista de Opinião Jurídica*. Fortaleza: ano 3, n. 6, 2005;

LOPES, J. J. ALMEIDA. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Editora Almedina, 2005:

LOPES, JOÃO BATISTA. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2005;

LUNARDI, SORAYA REGINA GASPARETTO. *In*: DIMOULIS, DIMITRI (coord.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007;

MACHADO, COSTA. *Código de Processo Civil Interpretado e Anotado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Editora Manole, 2006;

MANZI, JOSÉ ERNESTO. *Da Fundamentação das Decisões Judiciais Civis e Trabalhistas: Funções, Conteúdo, Limites e Vícios*. São Paulo: Editora LTr, 2009;

MARCATO, ANTONIO CARLOS et al. *Código de Processo Civil Interpretado*. coordenação de Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Editora Atlas, 2004;

MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. vol. I. 3.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006*;*

MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SERGIO CRUZ. *Manual de Processo de Conhecimento*. 4.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

MARTINS, SAMIR JOSÉ CAETANO. Neoconstitucionalismo e seus Reflexos no Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 44, nov. 2006;

MEDINA, PAULO ROBERTO DE GOUVÊA. *Direito Processual Constitucional*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010;

MELLO FILHO, JOSÉ CELSO, Algumas reflexões sobre a questão judiciária. *Revista do Advogado*. São Paulo: ano 24, n. 73, abr. 2004;

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1998;

MELLO, ROGÉRIO LICASTRO TORRES. Ponderações Sobre a Motivação das Decisões Judiciais. *Revista do Advogado*. Publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIII, n.° 73, nov. 2003;

MELO, GUSTAVO PROCÓPIO BANDEIRA. *Aspectos Constitucionais da Motivação das Decisões Judiciais*. Lisboa: Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006;

MENDES, GILMAR FERREIRA. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Madrid: n. 8, año 2004;

MENDES, GILMAR FERREIRA; COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010;

MENDONÇA, PAULO ROBERTO SOARES. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997;

MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008;

MIRANDA, JORGE. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 8ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2009;

MIRANDA, JORGE. *Manual de Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 3.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000;

MIRANDA, JORGE. Quem Elege os Juízes do Tribunal Constitucional. *In:* _______. *Constituição e Cidadania*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003;

MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011;

MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001;

MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo III. Coimbra: Editora Coimbra, 2007;

MORAES, ALEXANDRE. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006;

MORAES, ALEXANDRE. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010;

MORAES, ALEXANDRE. *Direitos Humanos Fundamentais*: *Teoria Geral*. 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011;

MORAES, GUILHERME PEÑA. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010;

MOREIRA, HELENA DELGADO RAMOS FIALHO. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. In: BONAVIDES, PAULO; MIRANDA, JORGE; AGRA, WALBER DE MOURA (coord.). Rio de Janeiro: Editora Gen Forense, 2009;

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação da Sentença como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: n. 89;

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *In: _______. Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1980;

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Forense: 1988;

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA. *O Novo Processo Civil Brasileiro: Exposição Sistemática do Procedimento*. 25ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007;

MOTEBELLO, MARIANNA. Estudo sobre a Teoria da Revisão Judicial no Constitucionalismo Norte-Americano – a Abordagem de Bruce Ackerman, John Hart Ely e Ronald Dworkin. *In:* VIEIRA, JOSÉ RIBAS (org.). *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002;

MUÑOZ, EDUARDO CIFUENTES. O Problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. *Debates: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Konrad Ademauer Stiftung, nº. 20, ano 1999;

NALINI, JOSÉ RENATO. *A Rebelião da Toga*. 2ª Edição. Ed. Millennium, 2008;

NALINI, JOSÉ RENATO. O Futuro da Separação dos Poderes. *Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro*. Belo Horizonte: ano 17, n.º 66, abr./jun. 2009;

NAVARRETE, ANTONIO MARIA LORCA. La necesaria motivación de las resoluciones judiciales. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: ano 25, n. 100, out./dez. 1988;

NÉGRI, HECTOR. O Poder Judiciário e a construção do Estado de Direito. *Debates: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Konrad Ademauer Stiftung, nº. 20, ano 1999;

NERY JÚNIOR, NELSON. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;

NERY JÚNIOR, NELSON. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2009;

NERY JÚNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

NERY JÚNIOR, NELSON; NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

NETO, OLAVO DE OLIVEIRA. Princípio da Fundamentação das Decisões Judiciais. *In:* LOPES, MARIA ELISABETH DE CASTRO; OLIVEIRA NETO, OLAVO (coord.). *Princípios Processuais Civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008;

NOJIRI, SÉRGIO. *O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais*. 2ª Edição. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. vol. 39. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;

NOVAIS, JORGE REIS. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

NOVAIS, JORGE REIS. *Direitos Fundamentais – Trunfos Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006;

OLIVEIRA JÚNIOR, JOSÉ ALCEBÍADES. Poder Judiciário e Democracia. *Debates: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Konrad Ademauer Stiftung, nº. 20, ano 1999;

OLIVEIRA, MARCELO ANDRADE CATTONI. Argumentação Jurídica e Decisionismo: Um ensaio de teoria da interpretação jurídica enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. *In:* SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE. *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2004;

OLIVEIRA, VALLISNEY DE SOUZA. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004;

OTERO, PAULO. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. vol. I. 1º. Tomo. Lisboa: 1998;

PASSOS, J. J. CALMON. A Formação do Convencimento do Magistrado e a Garantia Constitucional da Fundamentação das Decisões. *In:* TUBENCHLAK, JAMES; BUSTAMANTE, RICARDO SILVA (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. vol. 3. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991;

PATTO, PEDRO MARIA GODINHO VAZ. A vinculação das entidades públicas pelos direitos, liberdades e garantias. *Documentação e Direito Comparado*. Boletim do Ministério da Justiça, n. 33/34, 1988;

PAUL, WOLF. Estabilidade constitucional e reforma do Judiciário. Considerações em defesa da “Constituição coragem”. *Debates, A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Konrad Ademauer Stiftung, nº. 20, ano 1999;

PAULO, VICENTE; ALEXANDRINO, MARCELO. *Direito Constitucional Descomplicado*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2010;

PELICIOLI, ANGELA CRISTINA. O Poder Judiciário e a nova Perspectiva do Princípio da Separação dos Poderes. *In:* ABREU, PEDRO MANOEL; OLIVEIRA, PEDRO MIRANDA (coord.). *Direito e Processo, Estudos em homenagem ao Desembargador Noberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito Editorial;

PEREIRA, ÉZIO LUIZ. *Da Motivação das Decisões Judiciais como Exigibilidade Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Nova Alvorada,1998;

PERO, MARIA THEREZA GONÇALVES. *A Motivação da Sentença Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001;

PINTO, PAULO MOTA. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. *In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra Editora, 1999;

POLONI, ISMAIR ROBERTO. *Técnica estrutural da sentença cível, juízo comum e juizado especial*. Campinas: Editora Bookseller, 2000;

POLONI, ISMAIR ROBERTO. *Técnica Estrutural da Sentença Criminal: juízo comum e juizado criminal*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2002;

QUEIROZ, CRISTINA M. M.. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a epstimologia da construção constitucional*. Lisboa: Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1997;

REALE, MIGUEL. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2000;

REIS, EURICO JOSÉ MARQUES. O Dever de Motivação da Decisão Quando à Matéria de Facto: Realidade e Ficções, Breves comentários. *In:* RANGEL, RUI MANUEL DE FREITAS (coord.). *Direito Processual Civil, Estudos sobre Temas do Processo Civil*. Lisboa: SFN Editores, 2001;

REIS, FRANCIS VANINE DE ANDRADE. Por uma Técnica de Democratização das Decisões Judiciais. Parte I. *Repertório de Jurisprudência IOB, Tributário, Constitucional e Administrativo*. São Paulo: Vol. I, n.º 20, out. 2008;

ROCHA, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES. Os dez anos da Constituição Federal, o poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. *Debate: A Constituição Democrática Brasileira e o Poder Judiciário*. Konrad Ademauer Stiftung, nº. 20, ano 1999;

ROCHA, MANUEL ANTÓNIO LOPES. *A Motivação da Sentença: Documentação e Direito Comparado*. n. 75/76. 1998. disponível em – www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-c.pdf, acessado em 18/03/2011;

SAMPAIO, DENIS. A argumentação jurídica como garantia constitucional no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 67, jul./ago. 2007;

SANTOS, ERNANE FIDÉLIS. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. I. 10ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003;

SANTOS, MOACYR AMARAL. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. vol. II. 23ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004;

SANTOS, NELTON AGNALDO MORAES. *A Técnica de Elaboração da Sentença Cível*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996;

SARLET, INGO WOLFGANG. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010;

SEÑA, JORGE F. MALEM. Podem as más pessoas ser bons juízes?. *Julgar*. Lisboa: n. 2, maio/ago. 2007;

SIERRA, JERÓNIMO ROZAMENA. Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional. *Poder judicial*. 2ª epoca, n. 35, septiembre 1994;

SILVA NETO; MANOEL JORGE. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

SILVA, BECLAUTE OLIVEIRA. *A Garantia Fundamental à Motivação da Decisão Judicial*. In: DIDIER JR., FREDIE (coord.). Coleção Temas de Processo Civil: estudos em homenagem a Eduardo Espíndola. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007;

SILVA, DE PLÁCIDO. *Vocabulário Jurídico*. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho (atua.). 26ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005;

SILVA, GERMANO MARQUES. A Fundamentação das decisões judiciais: a questão da legitimidade democrática dos juízes: uma análise na perspectiva do processo penal. *Direito e Justiça*. vol. X. Tomo 2. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996;

SILVA, JOSÉ AFONSO. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006;

SILVA, OVÍDIO A. BAPTISTA. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional. *In:* MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA; JOBIM, EDUARDO (coord.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008;

SILVA, PAULO NAPOLEÃO NOGUEIRA. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003;

SILVA, PAULO NAPOLEÃO NOGUEIRA. *In:* BONAVIDES, PAULO; MIRANDA, JORGE; AGRA, WALBER DE MOURA (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Gen Forense, 2009;

SILVA, ROBERTO BAPTISTA DIAS. *Manual de Direito Constitucional*. Barueri: Editora Manole, 2007;

SLAIBI FILHO, NAGIB. *Sentença Cível: Fundamentos e Técnica*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006;

SLAIBI FILHO, NAGIB; SÁ, ROMAR NAVARRO. *Sentença Cível (Fundamentos & Técnica)*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010;

SOUZA NETO, CLÁUDIO PEREIRA. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: Coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ano 4, n. 15, abr./jun. 2005;

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. 2ª edição. Lisboa: Editora Lex, 1997;

SOUZA, DANIEL ADENSOHN. Reflexões sobre o princípio da motivação das decisões judiciais no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. ano 34, n. 167, jan. 2009;

SPITZCOVSKY, CELSO; MOTA, LEDA PEREIRA. *Direito Constitucional*. 10ª Edição São Paulo: Editora Métodos, 2010;

TALAMINI, EDUARDO. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. *Revista do Advogado*. São Paulo: n. 48, jul. 1996;

TARUFFO, MICHELE. *La Motivación de la Sentencia Civil*. Lorenzo Córdova Vianello (trad.). publicação virtual do Tribunal Constitucional Mexicano;

TARUFFO, MICHELE. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Pádua: Cedam, 1975;

TARUFFO, MICHELE. Notas Sobre a Garantia Constitucional da Motivação. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. ano de 1982;

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 48ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008;

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Motivação da sentença. *Revista Sub Judice*. Lisboa: Novos Estilos, n. 4. abr./jun. 1995;

TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987;

VALENTE, TARCÍSIO REGIS. Princípio da Motivação das Decisões Judiciais. *In:* ROMAR, CARLA TERESA MARTINS; SOUZA, OTÁVIO AUGUSTO REIS (coord.). *Temas Relevantes de Direito Material e Processual do Trabalho*. São Paulo: Editora LTr, 2000;

VASCONCELOS, PEDRO CARLOS BACELAR. *Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público*. Lisboa: Edições Cosmos, 1996;

VAZ, ALEXANDRE MÁRIO PESSOA. *Direito Processual Civil, do antigo ao novo código*. Coimbra: Editora Almedina;

VERAS FILHO, RAIMUNDO GOMES. A Garantia Constitucional da motivação das Decisões Judiciais. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal*. Edição Especial, 1996;

VIEIRA, ANDRÉIA COSTA. *Civil Law e Common Law: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007;

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES; ALMEIDA, FÁVIO RENATO CORREIA; TALAMINI, EDUARDO. *Curso Avançado de Processo Civil*. vol. I. 9ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 5ª Edição. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. vol. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

ZANETI JR., HERMES. A teoria da Separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional. *Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 18, n.º 70, abr./jun. 2010;

ZAVARIZE, ROGÉRIO BELLENTANI. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Campinas: Editora Millennium, 2004;

ZIPPELIUS, REINHOLD. *Teoria Geral do Estado*. 3ª Edição. tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. coordenação de J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997;